

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**

ALEXANDRE CAMPANELI AGUIAR MAIA

**A NARRAÇÃO COMO FUNDAMENTO NECESSÁRIO NA
COMPREENSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: UMA
ANÁLISE DA DESCRIÇÃO EM KELSEN E DA NARRAÇÃO
EM DWORKIN COMO BASE NECESSÁRIA PARA
CONSTRUÇÃO DE UM CONTEXTO COMUNITARISTA DE
VALORES MORAIS.**

VITÓRIA
2019

ALEXANDRE CAMPANELI AGUIAR MAIA

**A NARRAÇÃO COMO FUNDAMENTO NECESSÁRIO NA
COMPREENSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: UMA
ANÁLISE DA DESCRIÇÃO EM KELSEN E DA NARRAÇÃO
EM DWORKIN COMO BASE NECESSÁRIA PARA
CONSTRUÇÃO DE UM CONTEXTO COMUNITARISTA DE
VALORES MORAIS.**

Tese apresentada ao Programa de
Doutorado em Direitos e Garantias
Fundamentais da Faculdade de Direito de
Vitória, como requisito parcial para a
obtenção do grau de doutor em Direito.
Orientador: Professor Doutor Daury Cesar
Fabriz.

VITÓRIA

2019

ALEXANDRE CAMPANELI AGUIAR MAIA

A NARRAÇÃO COMO FUNDAMENTO NECESSÁRIO NA COMPREENSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA DESCRIÇÃO EM KELSEN E DA NARRAÇÃO EM DWORKIN COMO BASE NECESSÁRIA PARA CONSTRUÇÃO DE UM CONTEXTO COMUNITARISTA DE VALORES MORAIS.

Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Daury Cesar Fabriz
(Orientador)

Professora Doutora Elda Coelho de
Azevedo Bussinger

Professor Doutor Ricarlos Almagro
Vitoriano Cunha

Professor Doutor Luiz Moreira Gomes
Júnior

Professor Doutor Mário Lúcio Quintão
Soares

A minha família, pela presença ao meu lado em cada momento desta grande jornada.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Daury Cesar Fabriz, pelo apoio incondicional.

À Professora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pela presença na banca e pelo incentivo constante.

Ao Professor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, pela presença na banca e direcionamento.

A Marcinha e Cris, pela participação durante todo o processo.

Aos colegas de trabalho e de turma, que ajudaram com seu companheirismo e apoio.

“The limits of my language mean the limits
of my world.

Whereof one cannot speak, thereof one
must be silent.”

Ludwig Wittgenstein

RESUMO

Esta tese pretende demonstrar a necessidade da composição narrativa na compreensão pós-positivista do direito. Defende-se a hipótese de que a narração é uma composição necessária, retoricamente construída, na compreensão do direito, considerando as normas e princípios, direitos e deveres fundamentais. Há uma diferença do positivismo jurídico e do Pós positivismo tomando como base a composição dos textos produzidos, ponto de partida para avaliar qual a melhor forma de compreender o Direito sob uma ótica dos Deveres Fundamentais. A pretensão científica do positivismo, mais exatamente do neopositivismo lógico, traz consequências e demandas na produção textual. É característico do texto positivista maior incidência da composição descritiva, na sua busca por objetividade, dissociação com a moral e justiça e neutralidade do intérprete. O pós-positivismo, por outro lado, agregando a dimensão principiológica do Direito, unindo Direito e moral, validade e eficácia, traz uma composição predominantemente narrativa, participativa. Apenas dentro da concepção narrativa há a possibilidade de, por meio de tradições e uma concepção comunitarista, buscar uma compreensão da Justiça, em um discurso que não dependa da Lógica Formal. Representando o positivismo jurídico, o pensamento de Hans Kelsen se mostra apto a demonstrar um discurso predominantemente descritivo, neutro, dissociado do contexto histórico do objeto estudado, no caso as normas jurídicas. Analisa-se o pensamento de Ronald Dworkin, crítico do positivismo, cuja produção indica a presença da composição narrativa como marca indelével. A narração é uma composição que demanda não apenas a observação, mas a participação. A narração permite o discurso historicamente contextualizado, retoricamente construído, orientado pelo valor da Justiça que, por sua vez, se constrói numa perspectiva comunitarista, na qual a vida narrada das pessoas compõe o sentido político de Solidariedade. O enfoque narrativo não é uma opção estilística do autor, como demonstrado na análise da produção de Kelsen e Dworkin, respectivamente, sendo inevitável sua adoção.

Palavras-chave: positivismo jurídico. Literatura. Narração. Kelsen. Dworkin. Comunitarismo.

ABSTRACT

This thesis intends to demonstrate the necessity of narrative composition in the post-positivist understanding of law. It is argued that narration is a necessary, rhetorically constructed composition in the comprehension of law, considering the fundamental norms, principles, rights and duties. There is a difference between Legal Positivism and Positivism based on the composition of the texts produced, starting point to evaluate the best way to understand the Law from a viewpoint of Fundamental Duties. The scientific pretension of Positivism, more precisely of Logical Neopositivism, brings consequences and demands in textual production. It is characteristic of the positivist text greater incidence of the descriptive composition, in its search for objectivity, dissociation with the moral and justice and neutrality of the interpreter. Only within the narrative conception is there the possibility, through traditions and a communitarian conception, to seek an understanding of Justice, in a discourse that does not depend on Formal Logic. Representing Legal Positivism, Hans Kelsen's thought proves capable of demonstrating a predominantly descriptive, neutral discourse, dissociated from the historical context of the object studied, in this case legal norms. For the study of Positivism, we will analyze the thinking of Ronald Dworkin, critic of Positivism, whose production indicates the presence of narrative composition as an indelible mark. The narrative allows the discourse historically contextualized, rhetorically constructed, guided by the value of Justice, which, in turn, is built in a communitarian perspective, in which the narrated life of people composes the political sense of Solidarity. It is sought, then, to prove that a post-positivist approach, which seeks to understand the Fundamental Duties, is only possible in a text with a predominant, contextualized narrative approach that allows the discussion of Justice under a narrative approach. The narrative approach is not a stylistic option of the author, as demonstrated in the analysis of the production of Kelsen and Dworkin, respectively, being inevitable its adoption.

Keywords: Legal Positivism. Literature. Narrative. Kelsen. Dworkin. Communitarianism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 HISTÓRIA DA CIÊNCIA MODOS DE ORGANIZAÇÃO DO DISCURSO	16
1.1 O CONHECIMENTO CIENTÍFICO.....	16
1.2 O NASCIMENTO DA FILOSOFIA.....	17
1.2.1 O conhecimento e a filosofia.....	19
1.2.2 Filosofia e retórica.....	21
1.2.3 Retórica material, estratégica e analítica.....	23
1.3 A CIÊNCIA E O MÉTODO.....	25
1.4 O POSITIVISMO FILOSÓFICO EM COMTE.....	26
1.5 ORGANIZAÇÃO DO DISCURSO	27
2 O POSITIVISMO JURÍDICO, HANS KELSEN E A DESCRIÇÃO	30
2.1 VISÃO GERAL E O PENSAMENTO DE HANS KELSEN	30
2.1.1 Origem do positivismo jurídico.....	31
2.1.2 Características do positivismo jurídico.....	34
2.1.3 O neopositivismo lógico e o Círculo de Viena.....	37
2.1.4 Kelsen e o positivismo jurídico.....	40
2.2 A CONSTRUÇÃO DESCRITIVA	49
2.2.1 Nomeação	49
2.3. LÓGICA FORMAL E O ARGUMENTO DEDUTIVO.....	50
2.3.1 O argumento lógico dedutivo e a descrição.....	51
2.3.2 Sentença e proposição.....	52
2.3.3 Premissa e conclusão.....	53
2.3.4 Argumentos dedutivos.....	54
2.3.5 Validade e verdade.....	55
2.4 DESCRIÇÃO LITERÁRIA E NARRAÇÃO.....	57
2.4.1 A descrição na literatura	57
2.5 A DESCRIÇÃO NA LITERATURA E KELSEN.....	60
3 O PÓS-POSITIVISMO, DWORKIN E A NARRAÇÃO	67
3.1 O PÓS-POSITIVISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS, SEMELHANÇAS DE FAMÍLIA.....	67
3.2 DWORKIN E O DIREITO VISTO COMO UM MODELO DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS.....	72
3.2.1 A interpretação em Kelsen e no positivismo jurídico.....	73
3.2.2 O Modelo de Direito como regras e princípios.....	75
3.2.3 A hipótese estética na composição narrativa.....	77
3.2.4 A corrente do Direito.....	80
3.3 A NARRAÇÃO.....	82
3.3.1 Personagens.....	85
3.3.2 Espaço.....	88
3.3.3 Tempo.....	89
4. KELSEN E DWORKIN, DESCRIÇÃO E NARRAÇÃO	94
4.1 KELSEN E DWORKIN NA APRESENTAÇÃO DE CASOS.....	95

5. A NARRAÇÃO NA COMPREENSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS SOB UMA ÓTICA COMUNITARISTA.....	101
5.1 ARISTÓTELES E A VIRTUDE HUMANA.....	103
5.2 O ANIMAL POLÍTICO, AS VIRTUDES E O DEVER.....	105
5.2.1 As virtudes e o equilíbrio.....	106
5.3 A JUSTIÇA.....	108
5.4 MACINTYRE, A NARRAÇÃO E A SOLIDARIEDADE.....	113
5.4.1 Responsabilidade e solidariedade.....	116
5.4.2 A narração na compreensão do outro e dos Deveres Fundamentais.....	117
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico é, antes de qualquer coisa, um esforço de compreensão do fenômeno do Direito. Pode-se apontar seu surgimento no século XIX, vindo a influenciar o mundo jurídico por meio de pensadores excepcionais como Ross, Kelsen e Hart.

Motivado por uma visão científica do mundo, o positivismo jurídico traz em seu bojo uma grande variedade de autores, o que torna o ato de falar de seu conteúdo de forma genérica um trabalho árduo, para não dizer hercúleo. Dentro da heterogeneidade de conceitos, porém, há características que podemos perceber estarem presentes nas doutrinas mais expoentes.

Como características temos o método do positivismo, a adoção do modelo de pesquisa das ciências naturais, como Kelsen ao demonstrar sua pretensão em elevar a Jurisprudência à altura de uma ciência genuína. O positivismo defende um corte metodológico preciso de seu objeto de estudo: a norma, avaliada pelo critério formal da validade. Ainda como característica observa-se a postura neutra do intérprete, possibilitada pelo critério formal da validade, e a sistematização do direito, a unidade conferida por essa mesma validade.

A presente pesquisa preocupou-se com uma característica inerente a todas as correntes positivistas dominantes, o problema da linguagem descritiva como única forma autêntica de apreensão do objeto pelo Cientista do Direito, para então analisar a linguagem narrativa utilizada no pós-positivismo, especificamente nas obras de Ronald Dworkin.

De acordo com a concepção positivista, a linguagem descritiva seria a única a alcançar a precisão necessária à compreensão do objeto de estudo, qual seja, o Direito. A linguagem mantida em seu aspecto descritivo evita a contaminação do discurso por juízos de valor, que traz a abominável consequência de um conhecimento desprovido de objetividade, de validade universal. É pela adoção exclusiva da linguagem descritiva que o Direito atinge a neutralidade almejada pelos

positivistas, a partir do momento em que ela descreve fatos do mundo, mas nunca toma uma posição sobre os mesmos. Ocorrendo essa cisão entre juízos de fato de juízos de valor, pode-se extirpar do conhecimento científico tudo aquilo que comprometa a neutra observação das coisas como elas são, evitando a percepção de como deveriam ser. A Ciência jurídica, afinal, tem por meta a exclusão dos juízos de valor, simplesmente por almejar um conhecimento objetivo da realidade, enquanto os valores são inerentemente subjetivos e conseqüentemente contrários à exigência científica de objetividade (BOBBIO, 1996, p.131).

A descontextualização do objeto (Direito) é possível por meio da descrição, que o retira de seu tempo (OST, 2005a). Tornando presentes todas as coisas (LUKÁCS, 1965, p. 65), dá-se uma “presença” temporal às coisas que é, em última análise, equivocada, pois não pertence ao meio do que foi retirado. O fato fora de contexto corre o risco de avocar uma qualidade que não lhe pertence, qual seja, tornar-se autônomo por meio de um recorte fictício da realidade¹; de parte, passa a ser um todo. Assim como afirma Boaventura, ao discorrer sobre os limites do saber científico:

[...] se é verdade que o conhecimento só pode avançar pela via da progressiva parcelização do objecto, bem representada nas crescentes especializações da ciência, é exactamente por essa via que melhor se confirma a irredutibilidade das totalidades orgânicas às partes que as constituem e, portanto, o carácter distorcivo do conhecimento centrado nas observações destas últimas (SANTOS, 1999, p.33).

Estudando a obra de Hans Kelsen, autor eminente do positivismo jurídico, fica claro a importância da forma descritiva na construção de uma verdadeira Ciência do Direito.

O objetivo da Ciência do Direito na teoria de Kelsen é construir um conhecimento descritivo da ordem jurídica, composta pelas normas válidas. Já a ciência do Direito age descrevendo essas normas tais quais são observadas.

A postura da ciência está em ver seu objeto como ele é, e não como gostaria que fosse. Os juízos emitidos são juízos de fato, não de valor. Não é papel de o cientista

¹ O recorte metodológico é técnica difundida e necessária em qualquer campo de pesquisa, visto que o ser humano não apreende a realidade em seu todo. O risco aqui está no recorte demasiadamente estrito, o que gera, por fim, não um conhecimento detalhado, mas uma deformação do objeto de estudo, na qual a fragmentação excessiva torna o estudo sem sentido.

agir como filósofo crítico, questionar seu objeto, propor mudanças. Esse tipo de atividade é importante, mas não é o papel da ciência. O discurso filosófico pode prescrever, mas o científico, apenas descrever. Por isso, Kelsen afirma que:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política de Direito (KELSEN, 1999, p.1).

É esse distanciamento que caracteriza a “pureza” da teoria de Kelsen, gerando a certeza que o conteúdo produzido não contém nada além da descrição de normas jurídicas válidas, assim como a forma de organização, de solução de conflitos e processos de validação. Nas palavras de Kelsen:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 1999, p.1).

A norma jurídica é estudada, descrita pela ciência por proposições jurídicas. Essas proposições, que são descrições dos comandos, têm um sentido próprio, exatamente por referir-se ao seu objeto, qual seja, a norma jurídica. (MAIA, 2006, p.62).

Deve ser observada a postura do cientista do direito frente a seu objeto. A pureza científica, expressa por uma composição descritiva, permite o distanciamento, no qual o cientista não participa ou interfere no objeto. Essa interferência comprometeria a própria finalidade da ciência, uma vez que é seu isolamento que permite construir um conjunto de observações objetivas, universalizáveis, resultante de premissas verificáveis.

Quem não precisa de distanciamento são os órgãos aplicadores do Direito, uma vez que são produtores de Direito, na medida em que o aplica. Kelsen é claro ao mencionar a importância da distância:

A ciência jurídica tem por missão conhecer de fora, por assim dizer – O Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica (KELSEN, 1999, p.8).

Claro fica, então, com a breve incursão no paradigma do positivismo jurídico e da obra de Kelsen, a conexão entre o método positivista e a linguagem descritiva. É praticamente inexistente, na obra de Kelsen, a figura da narração. Não se conta histórias contextualizadas, narradas como é a vida humana (que está presente, sempre, no horizonte do Direito).

Partindo, então, do positivismo para a visão pós-positivista de Ronald Dworkin, notamos uma grande revolução na forma de estudar o Direito. Dworkin, de forma direta e afrontando um dos principais postulados positivistas, é defensor da ligação necessária entre Direito e Política, acreditando que esta deve influenciar as decisões jurídicas. Como nos ensina Barzotto, o positivismo jurídico, ao estabelecer a validade como critério único determinante daquilo que é jurídico e daquilo que não é, busca isolar o Direito tanto da Moral como da Política (BARZOTTO, 2004, p.21).

Ao contrário do positivismo, Dworkin defende, ainda, que o Juiz deve sempre ter a postura de buscar uma única resposta correta, ainda em casos difíceis, onde não há uma norma clara para aplicação ao caso concreto. Para Dworkin, o juiz não tem liberdade de decisão nos casos difíceis. Sabe que a questão que ele deve decidir é a questão dos direitos institucionais das partes. Sabe que, se decidir levemente, estará privando as partes daquele direito que já possuíam num momento anterior à decisão. Mesmo que ainda exista uma margem de erro, pois o juiz é humano, ele é uma figura comprometida moral e politicamente, e não apenas juridicamente. O juiz, enfim, age com a postura moral de que há uma resposta correta, e é seu dever identificá-la (DWORKIN, 2002, p.202).

O objetivo da breve exposição, como dito acima, é investigar, a partir do pensamento de Dworkin, que vê o Direito de uma forma muito diferente de Kelsen, qual o papel da narração na compreensão do Direito como um todo, assim como dos Direitos e Deveres Fundamentais no horizonte da Teoria do Direito.

Observa-se que, enquanto Kelsen utiliza uma linguagem primariamente descritiva, Dworkin utiliza uma linguagem que é, em grande parte, narrativa. Dworkin lança mão de casos, estórias e mesmo mitos para expor seu pensamento, como o juiz Hércules: “Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência

e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules” (DWORKIN, 2002, p. 265).

Seria o método narrativo um capricho estilístico em Dworkin, ou uma necessidade exigida pela linguagem para que ele possa conceber o Direito numa dimensão mais ampla que aquela considerada por Kelsen, o que permitiria, inclusive, uma melhor aferição dos Deveres Fundamentais? Potencialmente, por outro lado, uma visão descritiva do Direito poderia oferecer uma visão mais neutra e objetiva dos Direitos Fundamentais.

O método de pesquisa adotado é o retórico, servindo a pesquisa, e indicando os lugares de argumentação necessários para construção do discurso. As experiências prévias e visões de mundo contribuirão na fundamentação e construção dos conceitos. De forma subsidiária, adotamos o enfoque tópico para construção e fundamentação do conceito de Deveres Fundamentais sob uma ótica narrativa, no contexto comunitarista.

No primeiro capítulo foram abordados os fundamentos do conhecimento científico, desde a visão da Filosofia clássica até o positivismo em Comte. A visão cientificista do positivismo, como a natureza retórica de uma construção de Justiça partirão dessas bases.

No segundo capítulo foi discutido o positivismo jurídico. Inicialmente serão avaliados os critérios gerais do pensamento positivista, para então fazer um estudo do Neopositivismo lógico, o círculo de Viena e a ligação com Kelsen. Aqui será analisada a base lógica do pensamento de Kelsen, assim como dados da história do autor. Depois será tratada a descrição, seu sentido na Lógica formal e na literatura. A Lógica formal, ao estudar a correção dos raciocínios, utiliza principalmente a descrição na construção dos argumentos. Apenas àquelas sentenças declarativas, passíveis de verificação, passarão a se tornar relevantes para o Neopositivismo lógico e para a Teoria Pura do Direito de Kelsen, que depende de uma visão apenas de observador para concretizar o papel do verdadeiro cientista do Direito.

No terceiro capítulo foi abordada a teoria da narração. Aqui será estudado o contexto inclusivo, histórico e concreto do texto narrativo, feito por um participante, e

não observador. Será analisado como a narração se situa com o Pós-positivismo de Ronald Dworkin. Teórico crítico do positivismo, Dworkin aponta quais as falhas e incompletudes da teoria positivista, principalmente na radical separação entre Direito e moral. Compreender a dimensão principiológica do Direito, assim como propor uma resposta correta para casos difíceis, permite a Dworkin trabalhar uma teoria da Justiça, de base narrativa.

No quarto capítulo foi feito um estudo das obras de Kelsen e Dworkin, mostrando que enquanto Kelsen obrigatoriamente mantém um texto predominantemente descritivo, Dworkin, por sua vez, mantém uma produção contextualizada por narrativas. Demonstraremos que, pela visão do Direito de cada um, não poderia ser de outra forma.

No quinto capítulo foi avaliada, a partir da narrativa de cunho comunitarista, a possibilidade da compreensão dos Deveres Fundamentais. Serão apresentadas as bases aristotélicas do pensamento de MacIntyre, a teoria da Justiça, e por fim a natureza narrativa da construção de valores.

Por fim, em sede de conclusão, foi exposta a necessidade de uma teoria pós-positivista utilizar a narração como construção de justiça, considerando a vida humana como um todo, construindo os valores de forma comunicativa e retórica. Apenas dessa forma podemos chegar a um conceito adequado de Deveres Fundamentais na sociedade. Sem a alteridade, a solidariedade, sem o reconhecimento da narrativa alheia, não há espaço para desenvolvimento da responsabilidade para com o público, característica do comunitarismo. Para alcançar essa compreensão, é necessária a composição narrativa, uma vez que a descrição não se mostra um instrumento adequado. A escolha da narração por Dworkin e da descrição por Kelsen não se mostra mero capricho.

1 HISTÓRIA DA CIÊNCIA

1.1 O CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Um problema preliminar ao tratar sobre positivismo jurídico está em sua proposta de construir um conhecimento com base no método científico. Apesar de o termo adquirir um sentido adequado na linguagem ordinária, simplesmente afirmar que o positivismo propõe uma Ciência do Direito significa aceitar que conhecemos a fundo o sentido do que venha a ser ciência, e qual o impacto subsequente na classificação do saber jurídico.

Mas uma vez que adentramos no questionamento necessário sobre o tema, fica claro que o sentido dado à ciência muitas vezes é vago, um conjunto de ideias incompletas e inconsistentes que utilizamos para suprir uma falha na base de nosso discurso. Precisamos, assim, estudar a ciência além de simplesmente um conhecimento construído com base num método. Esse tipo de afirmação apenas dá seguimento à incompletude anterior, já que precisamos então discutir o que é conhecimento, o que é método e, dentre os métodos, o que tornaria um estudo realmente científico.

A inevitável inferência do raciocínio acima exposto é de que, para tratar dos temas relevantes à presente pesquisa, precisamos ampliar, e muito, nosso recorte inicial, para depois possibilitar um fechamento nos tópicos devidos, uma vez que as pré-compreensões estejam adequadas. O caminho se inicia, então, no conhecimento, na sua produção, em nossa atitude perante ele. Inicia, na Filosofia: “A atitude do filósofo com relação à totalidade dos objetos é uma atitude intelectual, uma atitude de pensamento. Cabe ao filósofo conhecer, saber. O filósofo é um conhecedor por natureza” (HESSEN, 1999, p.5).

1.2O NASCIMENTO DA FILOSOFIA

A ciência, como termo, vem sendo discutida amplamente na história da epistemologia. De agregadora da verdade à manutenção de *status quo*, esse meio de conhecer é indissociável da produção acadêmica e visão de mundo. A ciência ocidental, tal qual utilizamos na academia hoje, é o foco do presente estudo, e encontra suas origens na Filosofia antiga.

A primeira coisa que devemos considerar ao falar de ciência, Filosofia, métodos de produção científicos, é a ideia de conhecimento. É a necessidade do saber que nos impulsiona a uma nova direção, que tem como objetivo sanar nossos anseios em responder o porquê? É claro que, em nossa história, há diversos meios de produzir conhecimento. Os saberes não são todos, ou sequer em sua maioria, científicos.

Mesmo antes da Filosofia, o conhecimento era passado principalmente por meio de mitos fantásticos poéticos, transmitidos por mimese, ou repetição. Esses mitos passavam, de geração a geração, não apenas respostas acerca da natureza da realidade, de como tudo veio a ser, mas também noções de ética, de valores importantes a uma comunidade. Dessa forma, um mito da criação da *Teogonia* pode nos dizer como Gaia veio a ser, como o céu se separou da terra; mas ainda, um mito como de Niobe pode nos ensinar os valores de auto valoração, de reconhecer nosso lugar na sociedade, perante nossos próximos e perante os deuses.

A Filosofia foi uma criação grega, um resultado da genialidade helênica. A forma de conhecer da Filosofia grega é considerada um salto qualitativo na forma de produção, e é o resultado de uma confluência de fatores que permitiram, no século VI a.C., um salto que atravessaria milênio.

Importante notar que, para compreender a Filosofia (e a ciência e seus métodos) de uma civilização, precisamos compreender o contexto, o cenário no qual o pensamento se fez. Essas referências podem ser agregadas em três tópicos: 1) a arte; 2) a religião e 3) as condições sociopolíticas do povo em questão (REALE, 2007, p.6).

Em primeiro lugar, a arte busca, por meio da imaginação e do fantástico, alcançar objetivos próprios da Filosofia, resolver questões e angústias típicas do ser humano e seu lugar no mundo. Em segundo lugar, a religião, por meio da fé, também busca sanar questões fundamentais do saber humano, como e de onde viemos, nosso lugar no mundo etc. Esses objetivos também fazem parte do questionamento filosófico, que os realiza por outro viés. E por último, as condições socioeconômicas e políticas que demandam tanto a liberdade democrática como espaço de discussão, como uma base mínima de condições materiais para possibilitar o desenvolvimento humano. No caso da Grécia, foram fundamentais os poemas homéricos e os poetas gnômicos; a religião pública e os mistérios órficos; os desenvolvimentos sociopolítico-econômicos que favoreceram o surgimento da Filosofia (REALE, 2007).

A Filosofia ocidental nasce com Tales de Mileto, no séc. VI a.C. O termo em si, entretanto, é atribuído a Pitágoras, por um juízo de razoabilidade. É um termo de fundamento religioso, pois dá a ideia, muito importante para a pesquisa presente, de que a verdade, a plena sabedoria é uma atribuição que cabe apenas aos deuses. Isso não coloca o ser humano fora do caminho da sabedoria, apenas, como dito, o limita ao caminho. Ao ser humano cabe a eterna busca, a constante aproximação, uma plenitude nunca alcançada, mas nunca abandonada. É nesse caminho que está a Filosofia. Ela não é apenas o conhecimento, é também a eterna busca, a ação, o devir. Defenderemos que o conhecimento humano, produzido pelas ciências atuais, inevitavelmente se encontra neste contexto, nunca certo, mas sempre direcionado, razoável, racional.

O que, então, caracteriza um pensamento como filosófico, que será fundamental para a ciência e suas metodologias, são três pontos nevrálgicos: conteúdo, método e objetivo.

Em primeiro lugar, quanto ao conteúdo, a Filosofia clássica não é preocupada em fragmentar o conhecimento, em recortes metodológicos, como fazem as ciências específicas. Muito pelo contrário, ela busca a compreensão da totalidade da realidade e do ser. A pergunta principal de Tales, considerado o primeiro filósofo, foi “Qual o princípio de tudo?”.

Em segundo lugar, quanto ao método, a Filosofia se propõe adotar um método racional. Aqui já vemos uma questão importante que é a insuficiência de meras constatações empíricas. A Filosofia exige uma busca por causas, fundadas na razão, assim como a ciência deve fazer. A diferença está principalmente no escopo. Também as causas buscadas são as primeiras, as que abrangem o todo, enquanto a ciência fica em campos mais particulares. No foco do presente estudo, será verificado que a pesquisa qualitativa busca fatos que, uma vez descritos, são estudados com base numa causa e razão, campo no qual a retórica se mostrará imprescindível. A razão, então, é a chave do método filosófico, o ponto onde há o distanciamento da arte e religião. É neste ponto que fundamentaremos a retórica analítica.

Em terceiro e último lugar, o objetivo, a finalidade da Filosofia. A finalidade do conhecer é sempre imediata, o ato de conhecer não é um passo para um objetivo diverso. Busca-se o conhecimento pois buscar o conhecimento é devido. Se, a partir disso, algum resultado prático aparecer, foi acidente, consequência; não fim. O único fim da Filosofia é a própria Filosofia. Como afirmou Aristóteles, não se busca a Filosofia por nenhuma vantagem a ela estranha (REALE, 2007).

1.2.1 O conhecimento e a Filosofia.

Relatamos então a noção de que a Filosofia é uma criação grega e se identifica como um conhecimento e uma ação com características próprias. Outra questão importante para a pesquisa é a razão da Filosofia. O que leva o ser humano a questionar as questões primeiras da *physis*? Qual impulso fez Tales de Mileto concluir que há um princípio unificador no universo e que tal princípio seria a água? A resposta para tal questão pode ser encontrada na obra de Aristóteles:

Com efeito, foi pela admiração que os homens começaram a filosofar tanto no princípio como agora; perplexos, de início, ante as dificuldades mais óbvias, avançaram pouco a pouco e enunciaram problemas a respeito das maiores, como os fenômenos da Lua, do Sol e das estrelas, assim como a gênese do universo. E o homem que é tomado de perplexidade e admiração julga-se ignorante (por isso o amigo dos mitos é, em certo sentido, um filósofo, pois também o mito é tecido de maravilhas); portanto, como filosofavam para fugir à ignorância, é evidente que buscavam a ciência a fim de saber, e não com uma finalidade utilitária (ARISTÓTELES, 1969, p.40).

Sobre o *Ethos*, *pathos* e *logos*, Adeodato afirma que

[...] essas três expressões são utilizadas na Retórica de Aristóteles como meios de persuasão na comunicação e compõem a auto-apresentação dos oradores: “A primeira espécie depende do caráter pessoal do orador; a segunda, de provocar no auditório certo estado de espírito; a terceira, da prova, ou aparente prova, fornecida pelas palavras do discurso propriamente dito”. Vão impregnar toda a terminologia retórica posterior e precisam ser rapidamente explicitadas aqui para que se compreenda o que significa a atitude retórica. (ADEODATO, 2008, p.56).

Essa sede por conhecimento, que impulsiona a Filosofia e as ciências, tem como um de seus componentes o *pathos*, exatamente pela emoção que vai incentivar, e dar contorno, à pesquisa. Esse *pathos* é transmitido pela própria linguagem

Esse impulso inicial é causado por um *pathos*, uma capacidade de comunicar e incitar, no auditório, certa emoção. A linguagem nos permite, por finalidade, alcançar esse objetivo. Apesar de não ser imediatamente percebida, a linguagem é um instrumento com múltiplos usos, para múltiplas finalidades. O papel da linguagem na ciência vai muito além da descrição do mundo. Uma metodologia da pesquisa que não leve em consideração a complexidade do discurso invariavelmente vai pecar em seu resultado final.

Dentre a enorme variedade de usos da linguagem, podemos estabelecer três categorias gerais, e dentre elas uma que imediatamente pode ser ligada ao *pathos* do discurso. A primeira categoria está no uso informativo, que visa transmitir informação. A segunda é a finalidade diretiva do discurso, que busca alterar o comportamento do auditório. A terceira, e mais importante no presente contexto, é a função expressiva da linguagem, “quando é usada para dar expansão a sentimentos e emoções, ou para comunicá-los.” (COPI, 1981, p.49).

Não podemos, assim, limitar a linguagem na ciência. Muito mais adequado é reconhecer a complexidade de seus usos e funções na metodologia de uma pesquisa, no relatório final da construção do saber. Wittgenstein demonstra os múltiplos usos da linguagem, assim como a dificuldade de elaborar um texto unívoco, objetivo:

Pensa nas ferramentas numa caixa de ferramentas: lá está um martelo, um alicate, uma serra, uma chave de parafusos, uma régua, um frasco de cola, pregos e parafusos. Tão diferentes quanto são as funções destes objetos são as funções das palavras. (E Há semelhanças em ambos os casos).

O que nos confunde nas palavras é a sua aparente identidade quanto à forma, quando as ouvimos ditas ou as encontramos escritas ou impressas. Então a sua aplicação não nos aparece tão claramente. E em especial quando fazemos Filosofia! (WITTGENSTEIN, 1995, p.180).

Nesse sentido, limitar a ciência à descrição é como abandonar todas as outras ferramentas que a linguagem permite. O conhecimento, especialmente no Direito contemporâneo, precisa ser capaz de abarcar as complexidades da sociedade na qual estamos inseridos. A narrativa é uma ferramenta muito mais apropriada para o objetivo em questão.

1.2.2 Filosofia e Retórica

A Filosofia nasce, no ocidente, não apenas como conhecimento, mas também como uma prática ligada à sabedoria. É razoável supor que o termo tenha sido cunhado por Pitágoras, que ao relacionar “filo-sofia”, indicou essa aproximação entre o viver humano e a sabedoria, uma constante busca pela aproximação da sabedoria.

Foi a tradição platônica, aristotélica e cristã que dirigiu a palavra “Filosofia” para a interpretação ontológica dominante, modificando inclusive seu sentido de “amor à sabedoria” pelo de “amor à verdade”. Observe-se a etimologia da palavra “Filosofia”: amor (*filo*) à sabedoria (*sofia*) e não à verdade. E a retórica certamente sempre foi tida como uma forma de sabedoria (ADEODATO, 2014b). Ao longo dos séculos antes do Cristianismo, muitos retóricos, de sofistas como Isócrates a céticos como Sextus Empiricus, consideravam-se e eram considerados filósofos.

A Filosofia ocidental é reconhecidamente uma criação grega e aparece quando a cultura grega já estava solidificada. A maneira filosófica de ver o mundo rompe com a tradição da poesia mitológica, exemplificadas por Homero e Hesíodo, mas mantém os mesmos objetivos, quais sejam explicar como o universo é e como a conduta humana deve ser. A relação do ser humano com o mito é de submissão; com a religião (*religare*), é de ligação e comunhão com a divindade; com a Filosofia o apelo passa a ser à razão, independente de fé e crença.

Segundo Giovanni Reale (2007, p.11), a Filosofia é caracterizada por três diferentes significados.

Em primeiro lugar o conteúdo abrangente, haja vista que o objetivo é a compreensão da realidade como um todo. Ela não limita a *physis*, não se compartimentaliza, mas abarca toda a existência. Nesse sentido, a Filosofia se diferencia das ciências, que organizam a natureza por recortes específicos.

Em segundo lugar, o método, que privilegia o *logos*, um conceito plurissignificativo que merece aprofundamento:

O termo cobre em grego uma vastíssima gama de significados e em nenhuma língua moderna existe um exato correspondente para ele. Ele indica, fundamentalmente, o que é expressão da razão e racionalidade (da palavra, ao discurso, ao pensamento, ao raciocínio, à relação e à proporção numérica, à definição e assim por diante) (REALE, 2001, p.154).

O conhecimento filosófico é fundado racionalmente. Isso quer dizer que, além dos fatos e fenômenos, busca a causa ou razão dentro da totalidade das coisas. Esse é o ponto crucial que separa o conhecimento não filosófico do filosófico. Toda constatação deve ter um fundamento compreensível, deve estar aberto a questionamento.

Em terceiro e último lugar temos o escopo, ou finalidade. A Filosofia presta-se a diversas finalidades e aplicações: pode buscar o conhecimento, o belo ou a justiça, mas não se condiciona a um resultado ou à produção de efeitos. A Filosofia é fim em si mesmo, tem valor no próprio filosofar, e é incidental que ela produza ou não efeitos (REALE, 2007, p. 12). Não há um impedimento na busca de resultados diversos do próprio filosofar, mas são consequências, acidentes, e não a prioridade ligada ao ato.

A retórica remete aos gregos e à arte do bem falar. De ampla utilização pelos sofistas, objetivava, sobretudo o sucesso na vida pública, tornando os oradores pessoas capazes de convencer multidões e, assim, definir o caminho da *polis*. Teve uma preocupação inicial com os discursos políticos, presenciais, para depois se expandir para o texto escrito e se sofisticar na constituição de uma Filosofia própria, em oposição à Filosofia ontológica.

Na história, a retórica já foi associada a diferentes campos do conhecimento: como ciência, por oferecer o estudo de um objeto de forma organizada e estruturada, como arte, ou seja, como uma técnica específica e, por fim, como Filosofia. A retórica assumida neste estudo se propõe como Filosofia. Ela permite o pensar reflexivo, procura uma compreensão do mundo, apesar de defender que essa compreensão é constituída pela linguagem e nela se limita; propõe uma crítica ética, ainda que não defenda a universalidade da verdade e da justiça. Nesse aspecto reflexivo, crítico, imerso em linguagem, há a ação, o devir e o conhecimento, constituintes do pensar filosófico. A retórica tampouco se reduz a ornamento de linguagem e enfeite de discurso, mas deles faz uso. Por fim, não consiste tão somente em técnicas e meios de manipulação para persuadir pessoas, mas tem um alcance muito além disso.

É assim que a retórica, para lá de sua função persuasiva e de suas falácias ilusórias, pode também servir para adequar melhor o ser humano a seu meio, tanto no que respeita ao conhecimento dos relatos descritivos quanto no relacionamento ético com os demais seres humanos. (ADEODATO, 2014a, p.20).

1.2.3 Retórica material, estratégica e analítica

Vamos falar de três níveis da retórica e como se relacionam. Já sugerimos que a própria realidade é retórica, mas é necessário esclarecer de que forma podemos estabelecer a possibilidade de conhecer, e como a retórica age na construção do saber e no convencimento das partes envolvidas.

Num primeiro plano temos a retórica material. Aqui estamos diante do discurso vencedor que conforma a “realidade”. “O estudo da retórica material procura descrever como a linguagem constitui a realidade, apesar de o senso comum levar a crer que essa realidade independe da linguagem” (ADEODATO, 2014a, p. 23). A compreensão da retórica material é fundamental para entender como a retórica lida com a verdade. Não se compreende a verdade como uma adequação da linguagem com o estado de coisas, ou como a relação correta entre linguagem e objeto. A retórica material descreve como a linguagem constitui a realidade. Assim, a

“verdade” sempre será nada mais que o discurso vencedor em um ambiente e esse discurso vencedor se encontra no nível material da retórica. Durante muito tempo, por exemplo, a verdade da física nas relações entre tempo e espaço, compreendidos como categorias absolutas independentes, correspondia à teoria de Newton, até que o discurso de Einstein estabeleceu a relação tempo-espaço e a relatividade. Do ponto de vista da retórica, a questão não é dizer que um ou outro está certo e refletem a verdade do universo, mas que tiveram seu discurso como vencedor em dado momento da história. Em outras palavras, até a aplicação tecnológica de conceitos científicos sempre será persuasiva.

Num segundo plano, temos a retórica estratégica. Como diz o próprio nome, o papel deste nível de retórica está em conquistar a adesão para um discurso e torná-lo predominante. Trabalha, assim, com as metodologias; seu papel é traçar estratégias e formas de construção do saber, de dizer como deve ser produzido o conhecimento. São, basicamente, orientações para conseguir objetivos (ADEODATO, 2014a, p. 24). Ora, para que um objeto de estudo seja compreendido é preciso dizer como fazê-lo e, ainda, que seu método seja reconhecido como válido por aqueles que produzem o conhecimento e atuem no meio, para validá-lo. A retórica estratégica tem por desiderato influenciar sobre e, ao cabo, constituir a retórica material, a realidade. Consiste nos meios para vencer o discurso: solidariedade, persuasão, ciência, direito, mas também simulação, fraude, hipocrisia, sedução, enfim, todas as vias que emprega a linguagem humana.

No terceiro plano temos a retórica analítica. É uma abordagem de caráter filosófico, zetético, que tenta, na medida do possível, se abster de posicionamentos ideológicos, estudando o conhecimento humano, tomando os próprios métodos de pesquisa como objeto de estudo. Constitui uma metalinguagem do conhecimento, adequado, por exemplo, para estudar a evolução do conceito de igualdade no Brasil desde a Constituição de 1988, ou como o conceito de alma em Aristóteles difere do conceito judaico-cristão. Tal aproximação permite, basicamente, o estudo de qualquer conceito, incluindo o de retórica. Aliás, essa divisão de níveis na retórica é uma característica analítica por natureza (ADEODATO, 2014a, p. 26). É no campo analítico que o agir filosófico se torna mais presente, para enfrentar problemas relacionados ao conhecimento.

Uma vez estabelecida a ligação da retórica com a Filosofia, base do conhecimento científico, vamos discutir o papel da produção da ciência e seus métodos, e de que forma a retórica, compreendida como um método filosófico racional, pode aplicar-se a ela.

1.3 A CIÊNCIA E O MÉTODO

A ciência nasce da Filosofia, de seus desdobramentos e especializações. Herdou o método racional, a busca pelo saber e também, a despeito de não ser dada a devida importância, o assombro, o *pathos*.

Hoje, no teatro desmedidamente extenso das representações de nosso mundo oferecidas a todos pelos textos e pelas imagens, a ciência certamente aparece como uma personagem essencial. Misteriosa, porque o pormenor de sua figura não está ao alcance dos próprios cientistas. (GRANGER, 1994, p.9).

A despeito da ciência possuir uma herança milenar, podemos afirmar que a segunda metade do séc. XX marcou um novo patamar de desenvolvimento científico. As pesquisas e descobertas, assim como suas aplicações, trouxeram repercussões inéditas na vida individual e social dos homens (GRANGER, 1994, p.11).

Numa era de tamanha produção e inúmeros resultados, precisamos atentar para a forma de produção desse conhecimento. Quais métodos são mais adequados, que ferramentas possuímos, para melhor organizar o discurso científico. Já atestamos que a ciência se expressa por linguagem.² Não apenas isso, mas ainda que essa linguagem é dotada de alto grau de complexidade e não se limita a uma descrição neutra da realidade.

Precisamos ainda considerar que nosso cotidiano está basicamente imerso em ciência. De suas aplicações técnicas, que nos permitem locomoção, comunicação e bem-estar, às nossas compreensões e visões de mundo, a ciência é integral em nossas vidas. Por isso, imperativo investigar seus métodos de produção.

² Um dos grandes avanços nas ciências sociais foi a publicação, em 1957, de *Syntactic structures*, por Noam Chomski.

1.4 O POSITIVISMO FILOSÓFICO EM COMTE

O positivismo se estabelece como uma Filosofia hegemônica do conhecimento, a despeito de afirmações de que Comte não é estudado a fundo pelos historiadores da ciência. Mas o impacto do Curso de Filosofia Positiva estabeleceu uma fronteira entre o que se pretendia apresentar como conhecimento devidamente científico.

Como dito, a despeito do nome Augusto Comte ser reconhecido mundialmente, as dificuldades que rondam o conceito são presentes e não resolvidas (ARANA, 2007, p.2). O Manifesto do Círculo de Viena, que condensa as propostas iniciais do positivismo lógico em sua fase inicial, citam o nome de Marx, Hume, Comte, Mill, dentre outros (MANIFESTO, 1929, 1.1).

Como ponto de partida para a compreensão do positivismo e, conseqüentemente, do Pós-positivismo, temos o conceito de dado. O positivo se refere, em primeiro lugar, àquilo que é o objetivo do conhecimento, o dado; seria, assim, o que é possível ao homem conhecer. Em segundo lugar, determina-se como positivo o ponto de partida de conhecimento, aquele essencial que não pode ser desprezado. Em terceiro lugar, temos a ideia do positivo como dado empírico: ou seja, o dado sujeito à observação, o que se expõe empiricamente.

O conceito do dado como empírico, passível de observação, de verificação, é central ao conceito do positivismo jurídico, que será abordado depois. Deve-se notar, entretanto, que a utilização do empirismo na validação do dado não significa, em nenhuma medida, uma visão absoluta. Comte, por exemplo, rejeita a ideia do empirismo absoluto, sem sistema, no qual o sujeito é completamente passivo na construção de conhecimento. Aos dados, segundo o filósofo, deve ser somada a razão:

Se de um lado toda teoria positiva deve necessariamente fundar-se sobre observações, é igualmente perceptível, de outro, que, para entregar-se à observação, nosso espírito precisa duma teoria qualquer. Se, contemplando os fenômenos, não os vinculássemos de imediato a algum princípio, não apenas nos seria impossível combinar essas observações isoladas e, por conseguinte, tirar daí algum fruto, mas seríamos inteiramente incapazes de retê-los; no mais das vezes, os fatos passariam despercebidos de nossos olhos (COMTE, 2005, p.5).

Pelo contrário, o sujeito sempre apresenta um papel ativo na construção do conhecimento, por meio de sua razão. Nossa inteligência é capaz de compreender os dados para além dos sentidos imediatos. Sabemos que a água distorce um objeto pela refração³, ou que a ondulação das imagens ao calor não correspondem a uma alteração nos objetos em si. Tais noções são o resultado de raciocínios complexos que, se não podem ser observados, podem, por outro lado, ser verificados.

O objetivo da presente argumentação é estabelecer uma base para o dado positivo. Se considerarmos no universo jurídico, a expressão Direito Positivo poderá ser mais claramente compreendida a partir dessa investigação.⁴

1.5 ORGANIZAÇÃO DO DISCURSO

A linguagem é uma construção própria do ser humano. Ela permite a comunicação entre diferentes indivíduos, mas mais que isso, ela estrutura nosso saber, nossa identidade. Um argumento nada mais é que a expressão linguística de um raciocínio, e podemos considerar que nossa própria estrutura de identidade se forma pela linguagem.

Jacques Lacan considera que o inconsciente se submete às regras da linguagem, conseqüentemente conseguimos expressar pela fala as manifestações inconscientes, por meio de atos falhos, sintomas e relatos de sonhos. É a linguística - cujo modelo é o jogo combinatório - que dá ao inconsciente um estatuto, podendo este ser qualificável, acessível e objetivável (LACAN, 1985, p.28).

³ A ideia positivista de Comte nem sequer coincide com a de fenômeno. O “desvio” do bastão parcialmente mergulhado na água à luz do dia é um fenômeno; ainda assim não é um fato [...] quando queremos nomear aqueles fenômenos cuja ocorrência se averigua, se certifica ou se controla cientificamente, dizemos “fatos científicos”. (MILL, 1868, p.10).

⁴ Há autores, como Bobbio, que estabelecem uma clara distinção entre o positivismo jurídico e filosófico, diferenciando-os pela sua origem, uma vez que o positivismo jurídico teve origem na Alemanha e o filosófico, na França. (BOBBIO, 1996, p.15). Para a presente pesquisa, entretanto, os fundamentos de ambos os positivismos são relevantes, e considerando as bases comuns epistemológicas (mesmo Bobbio admite que alguns positivistas jurídicos eram também filosóficos), utilizaremos também a ideia de positividade e verificação de Comte.

A vida em sociedade, finalidade do ser humano segundo Aristóteles, depende, fundamentalmente, da linguagem. As ações políticas ocorrem no contexto da comunicação, e sem a linguagem não seria possível estabelecer contato e um sentido real de comunidade. Essa finalidade não é possível sem a linguagem:

A finalidade da vida política é o melhor dos fins, e o principal empenho dessa ciência é fazer com que os cidadãos sejam bons e capazes de nobres ações. [...] deveríamos ser educados desde a infância de maneira a nos deleitarmos e de sofrermos com as coisas certas; assim deve ser a educação correta. (ARISTÓTELES, 2003, p.43).

Apesar da importância da linguagem, ela não é um dom natural, que se expressa como consequência genética ou adaptação ao ambiente. É uma construção humana, o resultado de um labor complexo, em constante evolução, moldando-se com a história, contatos com outros povos e necessidade de lidar com mudanças no mundo. Podemos, então, compreender a linguagem como uma atividade humana, uma ação que se concretiza na vida social, nas relações, e cuja execução resulta de uma série de componentes, ou competências.

Uma das competências é situacional, pois considera o contexto de cada situação no ato de linguagem. Esse aspecto é importante pois obriga a considerar a finalidade de cada situação e a identidade dos locutores e interlocutores envolvidos.

Outra competência é a semiolinguística, que utiliza as formas verbais para organizar os atos de linguagem, por meio das categorias da linguagem (enunciativa, descritiva, narrativa, argumentativa).

Por fim, há a competência semântica, que permite construir sentido de acordo com as formas verbais, gramaticais ou lexicais, com base nos conceitos presentes na sociedade. A gama de conhecimentos e crenças sociais é levada em conta na situação de comunicação e nos mecanismos de encenação do discurso.

Todas essas competências, combinadas, constitui a competência discursiva. Essa competência liga os atos de linguagem não apenas aos portadores de sentido, mas considera também os vínculos sociais, a convivência política, no estudo do discurso.

Os modos de organização do discurso constituem os princípios de organização da matéria linguística, princípios que dependem da finalidade comunicativa do sujeito falante: enunciar, descrever, narrar, argumentar.

A semiótica moderna (Barthes, Greimas, Genette, Hamon) considera que descritivo e narrativo são, na verdade, procedimentos discursivos que contribuem para um determinado relato, e não apenas textos. O método descritivo (processo do qual a narração é resultado) detém o mesmo estatuto da narração e argumentação.

De forma introdutória, pode-se afirmar que o texto descritivo tem por finalidade uma classificação taxionômica, descontínua e aberta (não há começo e fim estabelecidos), enquanto o texto narrativo organiza a realidade de maneira contínua, em sequência lógica fechada, norteadas pela coerência de princípio e fim. (CHARADEAU, 2008, p.112).

2 O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN E A COMPOSIÇÃO DESCRITIVA

2.1 VISÃO GERAL E O PENSAMENTO DE HANS KELSEN

positivismo jurídico se refere a uma série de teorias que causaram grande impacto na comunidade jurídica. Esse movimento atingiu seu auge na metade do século XIX e início do século XX, mas é parte integrante da formação jurídica mesmo hoje, em aulas de história, teoria e Filosofia do Direito, além de influenciar decisões e se manter como paradigma atual (ainda que não dominante) do Direito.

É preciso esclarecer que, ao se falar de positivismo jurídico, refere-se na verdade a um conjunto diversificado de teorias, cada uma dando uma visão diferenciada da Ordem Jurídica. Do positivismo clássico de Austin, estruturado em torno de um soberano, à Teoria Pura do Direito de Kelsen, organizada em torno de uma Constituição, há uma evolução que torna as compreensões incompatíveis. A despeito disso, ambas as teorias são positivistas.

Há um liame, claro, que une essas diferentes concepções de Direito sob uma mesma bandeira. Há também formas de diferenciar o positivismo clássico, por exemplo, do Neopositivismo lógico. Mas como toda classificação envolve não apenas um princípio da diferença como um princípio da identidade, trataremos inicialmente daquilo que é comum ao positivismo.

Enquanto teoria, o positivismo nasce junto com o Estado moderno, onde o Direito passa a ocupar um lugar de destaque na organização política, e quando as pessoas buscam, por meio da ciência, estabilidade e precisão científica em todas as áreas do conhecimento.

2.1.1 Origem do positivismo jurídico

A origem do positivismo jurídico pode ser compreendida estudando, em primeiro lugar, o contexto histórico no qual surgiu, a Modernidade.

Com a Reforma, ocorre uma revolução espiritual na visão que o homem tem de si, e do cosmo em geral. Onde antes todos eram unidos por uma mesma cosmovisão, agora indivíduos se guiam por morais diversas e, algumas vezes, incompatíveis. Com a perda desse referencial valorativo comum (a Igreja Católica) único, não há mais valores compartilhados por todos numa mesma comunidade.

O desacordo valorativo faz com que as pessoas passem esses conflitos para a esfera privada, tornando um posicionamento moral nada mais que uma subjetividade, uma postura relativa que tem tanto valor como qualquer outra opinião. Com a ideia do sujeito, do indivíduo, que precisa apenas de sua razão individual para justificar seu código moral, – Penso, logo existo, a Modernidade traz à luz uma sociedade pluralista, onde, como afirma Weber, impera o “politeísmo de valores”. Apelar à justiça não garante nenhuma segurança, uma vez que o conteúdo do que é justo carece de critérios objetivos identificáveis, deixando os envolvidos a mercê de opiniões individuais acerca do que venha a ser justo (BARZOTTO, 2007).

A solução para o relativismo moral foi oferecida, então, pelo Estado Moderno em sua versão absolutista: oferecer um padrão objetivo para compreensão das leis e resolução de conflitos. Essa solução pode ser percebida na teoria do soberano, de Austin.

John Austin publicou suas lições proferidas na Universidade de Londres, buscando uma melhor compreensão do Direito e da Ciência do Direito. Essas lições foram reunidas na obra *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada em 1832.

A primeira preocupação de Austin era definir o objeto de estudo da Ciência Jurídica. Para tal diferencia direito positivo de moral positiva, mantendo seu interesse no direito apenas.

Consequentemente, leis positivas (o objeto da Ciência do Direito) se assemelham, por analogia, aos seguintes objetos: 1. Em semelhança, às leis de Deus. 2. Em lembrança, às leis da Moral Positiva [...] O propósito principal das seis seguintes lições é distinguir as leis positivas de todos os outros objetos enumerados. (AUSTIN, 1832, p.VIII), (tradução nossa)⁵.

A teoria de Austin é representativa de uma característica fundamental do positivismo, que é a identidade do direito com a norma, cujo objetivo é reger a ordem pública. E o que torna uma norma jurídica não é seu conteúdo, sua Justiça ou sequer sua eficácia, mas tão somente sua origem. Se a norma veio do soberano, ela é devida.

Essa formalização da validação da norma traduz a solução do Estado Moderno ao relativismo moral. Agora o cidadão não está mais sujeito à arbitrariedade do subjetivismo na legitimação da lei, ela é simplesmente um comando do soberano, identificada pela sua origem, e não pelo conteúdo. O Estado Absolutista, que monopoliza a produção jurídica por meio da legislação, é a resposta institucional às incertezas da sociedade de mercado emergente (BARZOTTO, 2007, p.14).

Uma vez que o modelo absolutista cumpriu seu papel, realizando a transição de um período feudal e garantindo uma segurança pelas leis, assim como a acumulação de propriedade, o poder quase ilimitado se tornou um risco e a classe burguesa, preocupada com a possibilidade do Estado interferir na acumulação de propriedade e troca de mercadorias, voltou-se contra o poder, dando origem à construção jurídico-política conhecida como Estado Liberal (BARZOTTO, 2007).

O Estado Liberal, ou Estado de Direito, na configuração onde a maior autoridade é a Lei, o poder não se identifica mais com pessoas, mas com o feixe de normas que confere organização e poder às instituições públicas. Podemos dizer que a maior autoridade no Estado Liberal é o próprio Direito; não há, nesse modelo de Estado, poder que não seja uma atribuição jurídica.

⁵ Consequently, positive laws (the appropriate matter of jurisprudence) are related in the way of resemblance, or by close or remote analogies, to the following objects. 1. In the way of resemblance, they are related to the laws of God. 2. In the way of resemblance, they are related to those rules of positive morality [...]The principal purpose or scope of the six ensuing lectures, is to distinguish positive laws (the appropriate matter of jurisprudence) from the object now enumerated. (AUSTIN, 1832, p.VIII).

Essa necessidade de legitimação de qualquer ato pelas leis positivadas está presente na teoria de Kelsen ao falar sobre a norma e interpretação:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação (KELSEN, 1999, p.4).

O Estado Liberal, assim, realiza a máxima aceção da segurança jurídica. O Cidadão está protegido pelas leis, cuja legitimação depende tão somente do reconhecimento jurídico, evitando o subjetivismo. Essa proteção funciona contra outros cidadãos, e, importante, contra o próprio Estado.

O cidadão está garantido não só contra o Executivo, que deve pautar sua ação pela lei, mas contra o próprio Legislativo, na medida em que a produção normativa deste está limitada pela Constituição (BARZOTTO, 2007, p.15).

É o Direito desse contexto que será estudado pelo positivismo jurídico. É uma teoria que nasce junto com o Estado Liberal, no século XIX, e atinge seu auge no século XX, com Kelsen, Ross e Hart (BARZOTTO, 2007, p.16).

Outro critério que chama a atenção, como aponta Bobbio, é o processo de codificação das leis, que encontrou seu expoente maior entre o fim do século XVIII e início do século XIX. Com a codificação, há uma maior estabilidade e alcance das leis emitidas pelo legislador. Segundo Bobbio: “representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador” (BOBBIO, 1996, p.54). O autor chama ainda atenção para o caráter iluminista francês do processo de codificação, para o qual o direito seria, ao mesmo tempo, produto da razão e da autoridade. Tal postura ainda não é tão radical quanto a do positivismo lógico, mas já traz sua compreensão de fundo.

É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos “filósofos”, isto é, dos doutos que o legislador deve consultar) (BOBBIO, 1996, p. 54).

O importante nessa concepção incipiente está já no fato da legitimação pela sistematização de normas jurídicas. Aqui o grande diferencial está no requisito racional das leis emitidas pelo legislador, um conceito que visava afastar a arbitrariedade e injustiça, mas que, por si, traz uma série de outras limitações e questionamentos, mormente acerca da possibilidade de estabelecer-se determinado conceito universal de razão.

Os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas da razão e feitas valer através da lei (BOBBIO, 1996, p.55).

Como dito, nessa concepção particular de Estado, a autoridade máxima é a própria ordem jurídica. É o Direito que irá delimitar a legitimidade do poder. Só é legítimo aquele poder conferido por meio do Direito. Qualquer atuação de poder fora desse parâmetro é mero uso de força ilegítima.

2.1.2 Características do positivismo jurídico

O termo “positivismo jurídico” abarca uma gama de autores que realizaram suas produções intelectuais num espaço de tempo superior a um século. Não é de se espantar, conseqüentemente, que esses autores tenham ideias diversas e, inclusive, incompatíveis ao comparar suas obras.

Não obstante, há alguns padrões que podem ser observados em todas as obras pertencentes ao positivismo jurídico, que permitam, assim, agrupar esses pensadores sob o mesmo rótulo, apesar das particularidades de cada um. Esses pontos comuns variam de autor para autor. Bobbio, por exemplo, identifica sete características fundamentais do positivismo jurídico e Lourival Vilanova, seis (MAIA, 2006, p.57). Neste trabalho serão discutidos os pontos principais trazidos por Hart, ao enumerar cinco tópicos dignos de consideração:

1) O Direito é um conjunto de comandos com a finalidade de regular a conduta humana;

O corte metodológico do positivismo é sistemático, ou seja, vê o direito como um conjunto de normas, de conteúdos diversos (não é critério relevante), unidas pela característica da validade apenas. Essa unidade da Ordem Jurídica permite distinguir os comandos jurídicos de todos os outros.

A validade, então, é a essência comum da norma jurídica, aquele valor agregado que permite o ingresso da norma à Ordem. À Ciência do Direito cabe descrever essas normas objetivamente, explicando como são os comandos de dever-ser:

Não só o Direito positivo tende à forma-limite de sistema, como também a ciência que o tem por objeto. Há, pois, um sistema sobre outro sistema: um, meta-sistema e um sistema-objeto... E o princípio de unidade no sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio de unidade no conhecimento jurídico-dogmático. (VILANOVA, 1997, p.175).

Outra característica é a finalidade de regular, direta ou indiretamente (no caso de normas de organização, por exemplo), a conduta humana: “Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana” (KELSEN, 1999, p.5).

Apesar de uma norma poder referir-se a fatos da natureza, animais etc, em última análise essa norma se reflete, sempre, em atos humanos. Uma norma que permita a contratação por parte do Estado, sem licitação, por causa de enchente, regula a conduta das pessoas, dos funcionários do Estado, apesar de referir-se ao fato natural como antecedente normativo.

Se, com a expressão: a norma refere-se a uma determinada conduta, se quer significar a conduta que constitui o conteúdo da norma, então a norma pode referir-se também a fatos ou situações que não constituem conduta humana, mas isso só na medida em que esses fatos ou situações são condições ou efeitos de condutas humanas (KELSEN, 1999, p.13).

2) Não há conexão necessária entre Direito e moral, ou Direito como é e Direito como deveria ser.

Essa característica reflete a proposta básica do positivismo. A possibilidade de compreender o direito por meio de uma ótica formal, independente de conteúdo. A moral não é passível de observação, não permite julgamentos objetivos, logo é desconsiderada completamente.

A ciência do Direito em sentido estrito (Dogmática Jurídica), não deve preocupar-se com aspectos externos ao objeto, como a moral, o costume (não juridicizado) e a justiça (extrajurídica). Trata-se de campo fértil a outras ciências (Ética, Sociologia e Filosofia) que não a dogmática jurídica (MOUSSALLEM, 2001, p.35).

Fundamentar o Direito na moralidade, na visão positivista, é cair na arbitrariedade, uma vez que nenhuma moral é universal ou passível de verificação, tornando-se apenas uma disputa subjetivista de poder entre partes que não se comunicam adequadamente.

O que permite ao positivismo essa postura de neutralidade é o caráter meramente descritivo de suas proposições, aliado ao método de verificação das proposições como juízos de fato. Partindo desses princípios, desconsideram-se todos os juízos de valor, opiniões, senso comum etc.

Na linguagem jurispositivista o termo 'direito' é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. (BOBBIO, 1996, p.131).

3) Os conceitos jurídicos merecem (a) ser estudados em si e (b) ser distinguidos da história e contexto social que os produziram.

4) O Ordenamento jurídico é um sistema lógico fechado, no qual as decisões corretas podem ser logicamente deduzidas de regras predeterminadas, sem referenciar fins políticos, sociais e morais.

É característica, discutida em Kelsen, mas comum ao positivismo, que a Ciência do Direito isole seu objeto específico (a norma jurídica), tanto das origens históricas da norma (fatos históricos que levaram a positivação) como após sua aplicação (sua eficácia). Importa apenas o dever-ser, se a conta é ou não, perante o Direito, devida.

5) Julgamentos morais não podem ser julgados objetivamente, como se fossem juízos de fato, seja por argumentos racionais ou evidências.⁶ (tradução nossa)

⁶ It may help to identify five (there may be more) meanings of 'positivism' bandied about in contemporary jurisprudence:

(1) the contention that laws are commands of human beings;

(2) the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be;

O julgamento objetivo, ou seja, a atribuição do valor de verdadeiro ou falso a uma declaração, depende da sua verificação objetiva. Depende, conseqüentemente, de critérios universais verificáveis que, ao ser contrapostos às declarações, podemos atribuir valores de verdadeiro ou falso de acordo com a adequação específica.

Conceitos valorativos como a Justiça são criações contextuais, históricas e limitadas em espaço e tempo. Logo, qualquer processo de verificação não atinge a universalidade, mas apenas um valor relativo àquele critério limitado, local. Por essa razão, não há como realizar um julgamento moral de forma objetiva, carecendo assim, do rigor científico necessário.

2.1.3 O Neopositivismo lógico e o Círculo de Viena

O Neopositivismo lógico, Filosofia Analítica, Empirismo lógico são denominações que nasceram de uma corrente de pensamento que se iniciou em Viena, na metade do século XX, quando cientistas, dentre eles matemáticos, físicos e filósofos, reuniram-se para discutir os fundamentos do saber científico.

Esses pensadores fundaram o Círculo de Viena, por meio de manifesto, em 1929, redigido por Rudolph Carnap, Hans Han e Otto Neurath. Era um grupo que se reunia (Na época Neurath, Hahn e Philipp Frank), desde 1907, num café vienense, para discutir teses de forma não dogmática, submetendo teses às críticas dos demais.

(3) the contention that the analysis (or study of the meaning) of legal concepts is (a) worth pursuing and (b) to be distinguished from historical inquiries into the causes or origins of laws, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from the criticism or appraisal of law whether in terms of morals, social aims, 'functions', or otherwise ;

(4) the contention that a legal system is a 'closed logical system' in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, moral standards; see 64-6 infra

(5) the contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of facts can, by rational argument, evidence, or proof ('noncognitivism' in ethics);

Bentham and Austin held the views described in (1), (2), and (3), but not those in (4) and (5). Opinion (4) is often ascribed to analytical jurists; see 64-6 infra, but I know of no 'analyst' who held this view (HART, 1983, p.57).

A preocupação com a Epistemologia Geral permitiu que pensadores de diversos campos pudessem propor argumentos de interesse geral, uma vez que as especializações não eram os pontos centrais dos debates. Assim, temos representantes como Philip Frank, da física; Gödel, da matemática; Carnap, da Filosofia e ainda, segundo fontes, Hans Kelsen que, apesar de não fazer parte oficialmente do Círculo, foi frequentador de alguns debates: “Hans Kelsen era o jurista do grupo [o Círculo de Viena] que, no começo do século, reunia intelectuais de porte como: Carnap, Wittgenstein, Schlick, Freud”. (GONÇALVES, 2001, p.32).

Há fontes que situam Kelsen como integrante do grupo ou frequentador eventual. Independentemente da resposta, a aproximação das ideias do Círculo de Viena com a Teoria Pura do Direito é significativa e marcante, sendo um dos fundamentos do estilo descritivo adotado pelo autor.

O grupo era heterogêneo, reunindo filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas (KELSEN esteve presente em alguns encontros) etc. Profundamente interessados nos fundamentos das respectivas ciências, mantiveram intenso intercâmbio de ideias, num regime de cooperação intelectual poucas vezes registrado, circunstância que possibilitou uma série de conclusões tidas como válidas para os diversos setores do conhecimento (CARVALHO, 1999, p.1).

Ainda,

Grupo de filósofos que se agruparam em torno de Moritz Schlick, depois de sua chegada em Viena em 1922. Organizaram uma associação filosófica, chamada Verein Ernst Mach (associação de Ernst Mach). Os encontros sobre Filosofia da ciência e epistemologia, porém, já aconteciam desde 1907, promovidos por Frank, Hahn e Neurath, que mais tarde cuidaram de trazer Schlick para a Universidade de Viena. Entre os membros do Círculo de Viena estavam M. Schlick, R. Carnap, H. Feigl, P. Frank, K. Gödel, H. Hahn, V. Kraft, O. Neurath, F. Waismann. Também K. R. Popper e H. Kelsen tinham muitos contatos no Círculo, apesar de não pertencer a ele. Nos encontros era discutido o Tractatus de Wittgenstein, e aconteceram vários encontros entre Wittgenstein, Schlick, Waismann e Carnap. Em 1929 Hahn, Neurath e Carnap publicaram o manifesto do Círculo: *Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis* (MURZI, 2019, tradução nossa).⁷

⁷ *The Vienna Circle is a group of philosophers who gathered around Moritz Schlick, after his coming in Vienna in 1922. They organized a philosophical association, named Verein Ernst Mach (Ernst Mach Association). However, meetings on philosophy of science and epistemology began as early as 1907, promoted by Frank, Hahn and Neurath, who later arranged to bring Schlick at the University of Vienna. Among Vienna Circle's members were M. Schlick, Rudolf Carnap, H. Feigl, P. Frank, K. Gödel, H. Hahn, V. Kraft, O. Neurath, F. Waismann. Also K. R. Popper and H. Kelsen had many contacts with the Vienna Circle, although they did not belong to it. At the meetings, the Tractatus of Ludwig Wittgenstein was also discussed, and there were several meetings between Wittgenstein, Schlick,*

Dentre as conclusões dos integrantes do Círculo, o método epistemológico é de grande influência no positivismo kelseniano. Há, no Neopositivismo lógico, uma dupla redução epistemológica. Em primeiro lugar, uma redução da epistemologia ao empirismo, e em segundo lugar uma redução do empirismo à lógica formal.

Isso significa que uma produção de conhecimento dotada de sentido deriva da possibilidade de verificação das premissas, num contexto descritivo da realidade. Qualquer questão fora desses parâmetros (como, veremos, a Justiça), está para além do sentido. Essas conclusões são condizentes com a teoria formal, baseada na validade, da Teoria Pura do Direito. Sabemos que a teoria de Kelsen baseia a legitimação de uma norma meramente na sua adequação formal quanto a um sistema organizado hierarquicamente de normas, no qual cada norma deriva seu fundamento de validade de uma norma que lhe seja imediatamente superior. Nas palavras de Kelsen:

do ponto de vista de um conhecimento jurídico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem que aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem que o conhecer e o descrever [...] Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada válida ainda que contrarie a ordem moral (KELSEN, 1999, p.77)

O manifesto em si corrobora esses fundamentos em sua totalidade. Sua finalidade principal era alcançar uma concepção científica, precisa, da realidade. Alguns pontos:

- Esclarecer o uso da linguagem científica, estabelecendo rigorosas bases intersubjetivas;
- O conhecimento passa pelo homem-medida de Protágoras;
- A Filosofia, a Teologia não apresentam discursos significativos, apresentando apenas pseudo-problemas (como da Justiça), carecendo de validade cognoscitiva.

Como resultado, temos as duas conclusões anteriormente indicadas:

Waismann and Carnap. In 1929 Hahn, Neurath and Carnap published the manifesto of the circle: Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis (A scientific world-view. The Vienna Circle).

- 1) todo conhecimento fica circunscrito ao domínio do conhecimento empírico;
- 2) a lógica aplicada a linguagem é o instrumento por excelência da reflexão filosófica.

Para compreender, então, a importância do estilo descritivo em Kelsen, é preciso um aprofundamento na lógica formal e na lógica da linguagem, respectivamente. Será feita uma abordagem do contexto da criação da Teoria Pura do Direito, e uma apresentação de suas principais propostas, para ao final estabelecer a exata correlação da composição descritiva na obra de Kelsen.

2.1.4 Kelsen e o positivismo jurídico

Hans Kelsen, judeu, jurista e filósofo, nasceu em 1881 na cidade de Praga no antigo Império Austro-Húngaro⁸ e faleceu em 1973, com aproximadamente 92 anos de idade, na cidade de Berkeley, nos Estados Unidos, onde lecionou e estabeleceu domicílio desde a Segunda Guerra Mundial.

Kelsen é considerado um dos maiores filósofos do Direito do século XX e principal autor da Escola Positivista do Direito. Sua obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito) trouxe uma contribuição singular ao estudo da Ciência do Direito⁹, que ultrapassa os umbrais da modernidade, influenciando consideravelmente no pensamento jurídico brasileiro contemporâneo.

Nesse sentido, Tofoli e Junior destacam:

No caso do Brasil, é nítida a considerável força do pensamento de Hans Kelsen em muitos centros jurídicos de excelência. Confessadamente ou não, as categorias kelsenianas modelam, inspiram e condicionam o modo de se expor e transmitir o conhecimento jurídico às novas gerações, a despeito da avassaladora onda crítica que se formou na última década

⁸ O Império Austro-Húngaro foi uma monarquia dual, cujo chefe de estado ostentava o título de Imperador da Áustria e Rei da Hungria, além de vários outros títulos hereditários relativos a territórios que hoje ocupam áreas correspondentes a 13 países. (TOFOLI; JUNIOR, 2011, p.20).

⁹ O pensamento kelseniano tinha a intensão de conferir autonomia ao estudo do direito, conferindo-lhe o *status* de verdadeira ciência que até então lhe era negado.

contra sua teoria pura do Direito, posto que isso trate de algo praticamente coevo ao surgimento de seus escritos no século passado (TOFOLI; JUNIOR, 2011, p.14).

Embora de nascer em Praga, Kelsen mudou-se ainda criança para Viena, onde cursou a escola pública, ginásio e a Faculdade de Direito. Kelsen obteve grau de Doutor em 1906, aos 24 anos, e conquistou o título de livre docente em Direito Público e Filosofia do Direito em 1911. (JESTAEDT, 2011).

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, em 1914, Kelsen foi convocado ao serviço militar do Real-Imperial Ministério da Guerra, no período em que “a Austria-Hungria se aliou ao Império da Alemanha contra o Império Britânico, Império Russo e República Francesa.” (TOFOLI; JUNIOR, 2011, p.27). Segundo Kelsen, o seu cargo de oficial no Ministério da Guerra contribuiu fundamentalmente para sua vida acadêmica dando-lhe lugar na cátedra universidade austríaca. (KELSEN, 2011)

Uma parte da vida de Kelsen também foi dedicada à redação da Constituição¹⁰ austríaca. Em 1919, Kelsen foi convidado pelo Governo provisório República da Áustria para redigir a redação definitiva da Constituição do país. Kelsen declara: “Minha tendência própria era codificar do modo mais irrepreensível possível do ponto de vista da técnica jurídica os princípios políticos que me eram dados e construir, assim, garantias eficazes para a constitucionalidade da atividade estatal”. (KELSEN, 2011, p.80). Com essa colaboração na Atividade de redação da Constituição austríaca, Kelsen “inscreveria seu nome na história do Direito constitucional de modo indelével ainda que sua teoria pura nunca chegasse a merecer o acatamento que efetivamente teve.” (TOFOLI; JUNIOR, 2011, p.36). Além de sua atividade de redação do projeto jurisdicional da Áustria, Kelsen foi membro da Corte Constitucional, no exercício da atividade de juiz (TOFOLI; JUNIOR, 2011).

A carreira docente de Hans Kelsen foi repleta de deslocamentos profissionais involuntários decorrentes de um período conturbado de Guerras entre 1914 e 1940, da como da tomada do poder por Hitler, pelas maquinações do governo nacional-socialista na Alemanha, entre outras. De 1919 a 1929, Kelsen foi Professor Catedrático de direito público da Universidade de Viena, nesse período o autor teve

¹⁰ A Constituição da Áustria (1920) é contemporânea à preparação da Constituição de Weimar (1919) na Alemanha.

um contato freqüente com Sigmund Freud (1856-1939) e seu círculo e dedicou-se intensamente à teoria da freudiana da psicanálise (TOFOLI; JUNIOR, 2011, p.77). Também foi nesse período, que Kelsen aproximou-se do “Círculo de Viena”, um grupo composto por cientistas e intelectuais de diversas áreas do conhecimento, todavia, nunca fez parte do grupo.

Nessa vida de mudanças, Kelsen chegou a trocar de nacionalidade por três vezes, como afirma Jestaedt:

Em 1930, ele adquire a cidadania alemã – em complemento, e não em substituição à cidadania austríaca – através da cidadania prussiana obtida pela nomeação como professor ordinário na universidade da Colônia. Kelsen perde ambas as cidadanias, tanto austríaca quanto alemã, com a aquisição da cidadania tcheca ligada à contratação pela Universidade Alemã de Praga. Enfim, Kelsen abandona esta última em prol da cidadania estadunidense em 1945. (2011, p.17).

De 1929 a 1933 Kelsen lecionou na Universidade de Colônia e nesse mesmo período foi professor convidado no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais (Genebra) e na Academia de Direito internacional em Haia. Contudo, com a acessão de Hitler ao poder em 1933, Kelsen foi demitido da Universidade de Colônia, devido a fatores ligados à sua origem judaica (KELSEN, 2011, p.94).

Logo após sua demissão, Kelsen lecionou no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais (Genebra) pelo período de 1933 a 1934. Em 1936, foi professor da Universidade Alemã de Praga, mas devido questões políticas nacionalistas, Kelsen enfrentou o ódio dos estudantes alemães contra judeus, como ele relata em sua autobiografia: “Quando entrei no auditório ninguém se levantou das cadeiras – era uma afronta direta, já que, segundo a tradição acadêmica, os estudantes tinham de se levantar à chegada do professor.” (KELSEN, 2011, p.102).

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, Kelsen decidiu deixar a Europa e então prosseguir para a América tentar a sorte. Kelsen relata:

A partir de outono de 1938, eu estava convencido de que a guerra aconteceria. Como Hitler havia anexado a Áustria e a região dos Sudetos sem esbarrar na resistência da Inglaterra e da França, ele certamente não deixaria subsistir o corredor polonês. Eu julgava improvável que a Suíça pudesse permanecer neutra nessa guerra. Quando a guerra estourou em 1939, minha decisão de deixar a Europa estava tomada. Tentei primeiro encontrar um cargo fixo nos Estados Unidos. Como isso não deu certo de

início, resolvi ir para lá sem emprego, contando com a sorte (KELSEN, 2011, p. 106).

Nos Estados Unidos, Kelsen trabalhou por um ano na Universidade de Harvard, como *lecturer*¹¹ e posteriormente recebeu um convite para lecionar na faculdade de Berkley, tornando-se professor titular desta Universidade em 1945 no Departamento de Ciência Política. (KELSEN, 2011).

Na época em que Kelsen lecionava em Genebra em 1936, foi-lhe concedido o título de Doutor *honoris causa* pela Universidade Harvard e da Universidade Real de Utrecht e anos seguintes, ele continuou recebendo o doutorado *honoris causa* pelas Universidades de Paris (Sorbone), Livre de Berlim, de Chicago, de Salzburgo e de .Estranburgo (KELSEN, 2011)

A obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), é considerada a obra mais importante de Hans Kelsen e a que o tornou internacionalmente conhecido. Foi publicada em duas edições, a primeira edição em 1934 e a segunda em 1960. Interessa destacar que a primeira edição foi substancialmente modificada ao longo da vida do autor, como se percebe na segunda edição de 1960 (TOFOLI; JUNIOR, 2011).

Embora, apenas a obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), tenha consagrado e difundido o pensamento jurídico de Kelsen, a sua trajetória acadêmica demonstra sua intensidade de escrita do autor, com diversos trabalhos publicados no campo da teoria do direito. De acordo com Tofolli e Junior:

Apesar da importância indiscutível e atualidade ininterrupta de Kelsen, falta até o momento uma edição integral de suas obras que ultrapasse as barreiras geográfico-linguísticas e disciplinares. A única edição parcial em língua alemã de sua vasta obra abrange, com cerca de 900 páginas de textos de Kelsen, bem menos de 10% da obra completa e está esgotada há mais de uma década sem perspectiva de nova edição. A tentativa de uma edição histórico-crítica dos escritos publicados de Kelsen, não foi empreendida até agora (JESTAEDT, 2011, p.5)

O primeiro trabalho científico de Kelsen foi publicado em 1905, quando ele ainda era estudante em Viena, intitulado: *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (A teoria do Estado de Dante Alighieri), trabalho de caráter histórico-dogmático. Em seguida,

¹¹ Nos Estados Unidos, o termo *lecturer*, refere-se a uma espécie de Professor Conferencista da Universidade, que pode ensinar por meio período ou em tempo integral, porém não possui as mesmas responsabilidades dos que ocupam o cargo de Professor efetivo na Universidade.

Kelsen “volta-se para os estudos da teoria do direito e publica em 1911 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais problemas da teoria do direito, desenvolvidos a partir da teoria da norma jurídica).” (JESTAEDT, 2011). A partir desse trabalho, Kelsen chega a sua conclusão de que toda teoria jurídica deve ser uma teoria do direito objetivo: “Cheguei à perspectiva decisiva para esse trabalho por meio da idéia de que a essência do direito é ser norma e de que, portanto, toda teoria jurídica deve ser uma teoria das normas, uma teoria das proposições normativas, uma teoria do direito objetivo.” (KELSEN, 2011, p.25).

A preocupação de Kelsen com a pureza do método jurídico, começa a fundamentar-se nos *Hauptprobleme*, seu primeiro trabalho em teoria do direito, onde Kelsen se contrapõe vorazmente às idéias dualistas de direito objetivo e subjetivo. Ele explica: “[...] todo direito subjetivo baseia-se em um direito objetivo, e que o dualismo entre o direito subjetivo e objetivo tão funesto para a nossa sistemática jurídica, deve ser abolido”. (KELSEN, 2011, p.25). Na situação do dualismo entre direito público e privado, ele assume a mesma postura: “Também deparei uma necessidade plenamente análoga para o dualismo entre direito público e privado” (KELSEN, 2011, p.25).

O terceiro e mais importante dualismo combatido por Kelsen seria, contudo, a oposição entre direito e Estado a qual foi retomada no livro publicado *Das problem de Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (O problema da soberania e a teoria do direito internacional) de 1920. Nessa obra, Kelsen retrabalhou sua idéia da unidade entre Estado e direito e de que o direito é somente direito positivo.

Ressalta-se que, em sua busca pela pureza metodológica, Kelsen revela-se grande admirador e adepto fiel da Filosofia de Kant. Ele diz: “Portanto, desde o início a Filosofia kantiana foi minha estrela-guia. Aceitei-a primeiramente na forma que recebeu dos filósofos do sudoeste alemão, principalmente Windelband¹²” (KELSEN, 2011, p.25).

¹² Wilhelm Windelband (1848-1815). Foi o filósofo fundador da escola neokantiana no sudoeste alemão.

Na tentativa de conferir autonomia ao estudo do direito, Kelsen negou a submissão do estudo do fenômeno jurídico a outras ciências, tais como Psicologia, Sociologia, Teoria Política, Ética, etc. Para ele, era necessário um afastamento do fenômeno jurídico das demais ciências humanas, na criação de sua metodologia de purificação e especificidade do Direito. Dessa forma, ele se contrapunha aos teóricos de sua época:

Enquanto os autores mais antigos, cuja perspectiva voltava-se somente para a lei, consideravam apenas o sentido de dever-ser das normas e, por conseguinte, não podiam fazer jus ao momento da positividade, os autores mais recentes, da assim chamada teoria sociológica do direito, tentavam apreender o direito apenas como um ser, de modo que perdiam o sentido específico segundo qual um determinado conteúdo é declarado jurídico, e não meramente fático. (KELSEN, 2011, p.30).

Importa que a negação de Kelsen quanto ao sincretismo com outras ciências, tinha por finalidade evitar uma possível obscuridade da essência da natureza jurídica, mas não significava que ele negasse a possibilidade do Direito como objeto de outras ciências. (GOMES, 2004). Nesse sentido, “Kelsen admite que direito pode e até deve ser objeto da pesquisa sociológica; mas esse estudo sociológico do direito, em sua opinião não tem nada a ver com a Ciência do Direito, no verdadeiro sentido do termo” (BODENHEIMER apud GOMES, 2004, p. 185).

É no contexto de embates teóricos entre os séculos XIX e século XX, onde Kelsen suplantar as suas ideias na tentativa de resolver o problema da positividade do Direito, quando havia “de um lado os positivistas, e, de outro, os que defendiam uma livre interpretação do direito, sem olvidar os sempre presentes defensores do direito natural” (VENDRUSCOLO, 2007, p.200).

Ressalta-se, que desde o início dos trabalhos em teoria do direito, Kelsen sofrerá grande influência da Filosofia kantiana, que orientará sua percepção metodológica para a *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito). O autor expõe:

Com o aprofundamento na Filosofia kantiana de Marburg, que tendia para a máxima pureza metodológica, afiei minha percepção das numerosas distorções altamente prejudiciais que a teoria jurídica sofre das tendências políticas conscientes ou inconscientes dos autores (KELSEN, 2011, p.27).

A elaboração de uma teoria pura parte do pressuposto epistemológico de separação principalmente entre direito e sociologia, como assevera Kelsen:

Quando descrevo o direito como norma e sua forma de existência como dever ser, e conseqüentemente, promovo uma separação asséptica entre a ciência normativa do direito e a sociologia, voltada para a explicação do ser, nunca perco de vista a relação entre conteúdo de um ordenamento jurídico válido e o conteúdo do ser social que lhe corresponde (KELSEN, 2011, p.29).

A ideia de elevar o Direito à ciência por meio de um método próprio, conferindo autonomia epistemológica à Ciência do Direito, tornando-a livre de todos os elementos não-jurídicos é declarada pelo autor no prefácio de sua obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito):

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da legalidade específica do seu objeto. Desde o começo foi meu invento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito (KELSEN, 1999, p.1)

Outras obras em destaque na carreira de Hans Kelsen, são “*Vom Wesen und Wert der Demokratie*” (A essência e o valor da democracia) de 1920, “*Sozialismus und Staat*” (Socialismo e Estado), “*Die verfassungsgesetze der Republik Österreich*” (As leis constitucionais da República da Áustria), “*Österreiches Staatsrecht*” (Direito público austriaco), ambas de 1923, “*Marx oder Lassale*” (Marx ou Lassale) de 1924, “*Allgemeine Staatslehre*” (Teoria Geral do Estado), publicado em 1925, “*Das problem des Parlamentarismus*” (O problema do Parlamentarismo), de 1925, “*Die verfassungsgesetze der Republik Österreich*” (As leis constitucionais da República da Áustria), “*Österreiches Staatsrecht*” (Direito público austriaco), de 1923, *General Theory of Law and State* (Teoria geral do direito e do estado), de 1945, *Principles of International Law* (Princípios do direito internacional), de 1952 e por último, sua obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria geral das normas).

Desde 1945, quando Kelsen adquire a cidadania americana e se torna professor titular na Universidade de Berkley, essa cidade se tornou para ele a última parada em sua trajetória acadêmica. A cidade de Berkley foi sem dúvidas o lugar onde Kelsen encontrou seu melhor exílio em meio à guerra, e onde ficaria até o final de sua vida, como ele disse: “Aqui será com certeza o último refúgio do viajante cansado.” (KELSEN, 2011, p.109). Kelsen então viveu nessa cidade com sua família desde 1942 até o final de sua vida vindo a falecer em 19 de abril de 1973. (KELSEN, 2011).

A influência de Kelsen é notável na práxis jurídica brasileira, o que pode ser comprovado como pelas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal. Uma recente pesquisa pode demonstrar a tradição do pensamento kelseniano em nossa Corte: “os anos de 1977 a 2010, há pelo menos que 52 julgados colegiados cujos fundamentos invocam as obras desse autor.” (TOFOLI; JUNIOR, 2011, p.16).

Contudo, a Teoria Pura do Direito de Kelsen, que se internacionalizou e permaneceu como legado no ensino jurídico brasileiro, nunca foi declarada pelo próprio autor como “pronta” ou considerada perfeita (KELSEN, 2011, p.4).

Apesar da oposição crítica na atualidade por aqueles que mostram adeptos de teorias neoconstitucionalistas ou pós- positivistas, é incontestável que a epistemologia kelseniana tornou-se paradigma do positivismo jurídico e trouxe uma considerável contribuição ao estudo científico do Direito de grande valor acadêmico e de eficácia para a atividade jurisdicional contemporânea.

Por essas razões, Kelsen pode ser considerado como o mais marcante filósofo do Direito do século XX. Presente nos estudos jurídicos desde o início do curso de Direito, em disciplinas como Teoria do Direito ou Introdução ao Estudo do Direito (TGD e IED, respectivamente) até a prática jurídica e cursos de pós-graduação, Hans Kelsen é um autor com presença inevitável e controversa.

O autor austríaco, de reconhecimento mundial, marca o pensamento brasileiro em diversos campos do conhecimento, motivo pelo qual, foi selecionado como base para o pensamento positivista descritivo da presente pesquisa:

No caso do Brasil, nítida a considerável força do pensamento de Hans Kelsen em muitos centros jurídicos de excelência. Confessadamente ou não, as categorias kelsenianas modelam, inspiram e condicionam o modo de se expor e transmitir o conhecimento jurídico às novas gerações, a despeito da avassaladora onda crítica que se formou na última década contra sua teoria pura do Direito, posto que isso se trate de algo praticamente coevo ao surgimento de seus escritos no século passado (RODRIGUES; TOFFOLI, 2011, p.XIV).

A despeito de sua importância, Hans Kelsen, e o positivismo jurídico em geral, se tornaram alvos de duras críticas no século XXI. Tais críticas não derivam unicamente do jusnaturalismo, mas principalmente dos movimentos pós-positivistas. O contraste é fundamental para a presente pesquisa, pois a mudança de paradigmas (do

positivismo ao pós-positivismo) trouxe uma fundamental alteração na forma de expressão das ciências jurídicas, tratando da prevalência da descrição e narração na construção textual. O ponto nevrálgico dessa disputa se dá na relação entre direito e moral, vista de forma radicalmente diferente pelas teorias conflitantes. Alguns pensadores ligam o conflito à uma questão política maior, de jogo de poder entre o Legislativo e o Judiciário (RODRIGUES, TOFFOLI, 2011, p. XIX). O recorte metodológico desta pesquisa, porém, mantém o foco na questão moral e principiológica, uma vez que esse é o ponto que resulta na produção textual específica, como será demonstrado.

A construção da ciência, demonstrada no início da pesquisa, se reflete nesse corte kelseniano. A metodologia é ponto fundamental na teoria do direito, sendo indissociável de sua obra mais conhecida, a Teoria Pura do Direito.

O nome de Kelsen é sinônimo, além de todos ensinamentos teóricos específicos, de um programa científico rigoroso de pureza metodológica. Sua meta como jurista era a cientificidade da sua disciplina, a ciência do direito com todas as suas numerosas sub-disciplinas. (RODRIGUES, TOFFOLI, 2011, p. 2)

Essa postura é explicitamente defendida no início da Teoria Pura, ao tratar do conceito de pureza dentro de uma teoria jurídica, seu alcance e significado:

Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1999, p.1)

Com esse método científico, busca o autor trazer a teoria do Direito ao status de verdadeira ciência, de natureza neutra e descritiva. Esta postura, mais uma vez, se mostra explícita nas palavras de Kelsen:

Quando esta doutrina é chamada de “Teoria Pura do Direito”, pretende-se dizer que com isso ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não sua formação. Uma ciência que precisa descrever seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos (KELSEN, 1998, p. XXVIII).

Ao empreendermos este estudo tivemos presente no espírito a necessidade de compreender o elo existente entre dois grandes propósitos que nortearam a obra de Kelsen, conforme ele próprio declara: o de construir uma ciência do Direito autônoma e independente e o de levar o positivismo jurídico às últimas consequências (AFONSO, 1984, p.5).

2.2 A CONSTRUÇÃO DESCRITIVA

O modo de organização descritivo é formado por três componentes essenciais que, a despeito de apresentarem autonomia, são indissociáveis entre se. Esses componentes são: nomeação, localização e qualificação.

2.2.1 Nomeação

A nomeação segue a questão da classificação em Aristóteles, que exige ao mesmo tempo um princípio da diferença e um princípio da identidade. Em primeiro lugar é necessário estabelecer o que o objeto (ou grupo) possui de diferente do resto da realidade para justificar uma nomeação. Em segundo lugar, quais as semelhanças ele possui em grupo, quais suas características comuns, que permitam um agrupamento, a despeito de diferenças particulares.

Nomear não corresponde a um simples processo de etiquetagem de uma referência pré-existente. É o resultado de uma operação que consiste em fazer existir seres significantes no mundo, ao classificá-los [...] Nomear é uma atividade que se interessa pelos seres enquanto tais, e as classificações que os organizam se apresentam como agrupamentos em constelações em torno de núcleos que constituem seu ponto de referência (CHARAUDEAU, 2008, p.112).

2.3 A LÓGICA FORMAL E O ARGUMENTO DEDUTIVO

Estabelecemos que a teoria de Kelsen se pauta, principalmente, na prevalência da descrição na escrita. Essa característica é uma consequência direta do Neopositivismo lógico, influenciado pelo Círculo de Viena, que por sua vez se encontra calçado na Lógica formal. Demonstraremos, a seguir, o papel da lógica na descrição, para então apontar o uso descritivo na Teoria Pura do Direito.

Quando falamos em lógica, ou classificamos algo como “lógico”, “tem lógica”, estamos fazendo, na maior parte das vezes, o uso ordinário da linguagem, que ainda assim indica com razoável precisão o sentido do termo. Não incomum, também lançamos mão das classificações “ilógico” ou “não tem lógica”, para situações que carecem da identificação anterior.

Quando usamos o termo Lógica dessa forma, estamos aproximando do significado de razoável, ou com sentido. Algo que “tenha lógica” é assim identificado como algo cujo procedimento ou justificação é compreensível, é adequado.

O uso da linguagem ordinária na questão da Lógica certamente aponta o caminho correto para compreensão de seus usos, mas, para a compreensão da dimensão filosófica da lógica, precisamos questionar de forma mais aprofundada. Inicialmente, podemos afirmar que “O estudo da Lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto” (COPI, 1981, p.19).

Outra definição da Lógica é a ciência das leis do pensamento. Essa definição, entretanto, mostra-se inadequada, uma vez que pensamento é um termo de textura aberta dificilmente definido, o que resulta em uma definição que não diz muita coisa, apenas leva a pergunta: “o que é o pensamento?”.

Para nos aproximarmos de um conceito adequado da Lógica, precisamos passar para o campo do raciocínio, que já nos permite uma melhor definição (ainda que não unívoca), passo necessário para decifrar o corte metodológico da ciência lógica. Segundo Copi, o raciocínio “é um gênero especial de pensamento no qual se

realizam inferências ou se derivam conclusões a partir de premissas” (COPI, 1981, p.21).

Com a definição acima, chegamos mais próximos ao que seja a Lógica, mas ainda há o problema de diferenciar o raciocínio lógico dos processos psíquicos, intuições e internalismos que interessam mais à psicologia e à psiquiatria. Para isso, há a necessidade de eliminar esses elementos, e tornar o foco especializado da lógica nas conexões existentes nos raciocínios: “a conclusão a que se chegou deriva das premissas usadas ou pressupostas?” (COPI, 1981, p.21).

A questão está na separação do conteúdo do raciocínio de sua forma. A Lógica busca saber se as premissas de um raciocínio adequadamente sustentam sua conclusão. Não há interesse em investigar os elementos do raciocínio, atribuindo às proposições o valor de verdadeiro ou falso. A distinção que se busca é apenas a correção do raciocínio como um todo. Por essa razão é chamada de Lógica Formal. Não há interesse no conteúdo, mas na forma. “O lógico está interessado em todos os raciocínios, independentemente do seu conteúdo” (COPI, 1981, p.21).

2.3.1 O argumento lógico dedutivo e a descrição

Explicando alguns dos termos utilizados, podemos considerar que a inferência “é um processo pelo qual se chega a uma proposição, afirmada na base de uma ou outras mais proposições aceitas como ponto de partida do processo” (COPI, 1981, p.21).

As proposições, por sua vez, são o resultado da interpretação das sentenças declarativas. Como tais, podemos atribuir a cada proposição, individualmente, o valor de verdadeiro ou falso.

Uma declaração como “O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados” (KELSEN, 1999, p.257), representa uma sentença declarativa à qual podemos atribuir o valor de verdade ou falsidade, de acordo com o estado de coisas, como será explicado em pormenores posteriormente. O ponto focal está no fato de

que apenas as declarações produzem proposições passíveis de atribuição de valor. Outras estruturas gramaticais, como as sentenças interrogativas, imperativas, não compartilham dessa característica. É nesse sentido que Copi discorre a respeito da construção dos raciocínios por sentenças declarativas:

Uma pergunta pode ser respondida, uma ordem dada e uma exclamação proferida, mas nenhuma delas pode ser afirmada ou negada, nem é possível julgá-las como verdadeira ou falsa” (COPPI, 1981, p.22).

2.3.2 Sentença e proposição

Uma sentença declarativa, que é a estrutura relevante na Lógica formal, é representada por uma oração, uma frase verbal na qual o enunciado tenha sentido completo e um verbo (ou locução verbal).

Na oração as palavras apresentam relações entre si: elas são os termos ou as unidades sintáticas. Assim, cada termo da oração desempenha uma função sintática (indicando a relação signo-signo). Nem toda frase é oração; apenas as orações são de interesse para a análise do argumento. Uma vez definida a sentença, é necessário diferenciar sentença de proposição e estabelecer a relação entre os conceitos. Podemos demonstrar uma relação de independência entre elas de duas formas distintas.

Duas ou mais sentenças declarativas, expressas por estruturas sintáticas diferentes, podem ou não expressar a mesma ideia. Por exemplo

- O réu não é culpado.
- O réu é inocente.

Aqui há duas sentenças distintas. A primeira contém seis palavras e a segunda, quatro. A primeira termina com a palavra culpado e a segunda, com a palavra inocente. Ambas as sentenças, entretanto, passam a mesma mensagem, ou seja, tem o mesmo significado. Podemos dizer que há duas sentenças, mas apenas uma proposição. Há praticamente ilimitadas formas de expressar uma proposição por

meio de uma sentença declarativa, ainda mais se considerarmos o uso de línguas estrangeiras. A primeira prova da independência entre sentença e proposição, na Lógica, está demonstrada.

Às formas linguísticas utilizadas por falantes de uma língua a fim de expressar uma ideia, será dado o nome de sentença. Ao significado expresso através de uma sentença, será dado o nome de proposição. (AZEREDO, 2004, p.15).

Por outro lado, uma mesma sentença, dependendo do contexto, pode ter o seu valor (verdadeiro ou falso) alterado, dependendo do contexto.

- O réu não é culpado.

A sentença acima, pode ser verdadeira ou falsa, dependendo do caso concreto. Ao se referir a dez réus, possivelmente o valor será verdadeiro em relação a alguns, falso em relação a outros. Essa é a segunda forma que demonstra a independência entre sentença e proposição.

Por fim, podemos afirmar a independência entre sentença e proposição tanto pelo fato de ser possível expressar uma púnica proposição por meio de inúmeras sentenças, como pode uma única sentença conter diferentes proposições, dependendo do contexto.

2.3.3 Premissa e conclusão

O conceito de argumento, assim, indica qualquer grupo de proposições tal que se afirme ser uma delas derivada das outras, as quais são consideradas provas evidentes da verdade da primeira” (COPI, 1981, p.23). Esse processo de derivação, de fundamentação racional, é fundamental para compreender-se o que é um raciocínio lógico. Uma sequência de sentenças declarativas, sem essa relação de justificação, não vai compor um argumento. Essa derivação de uma sentença para outra se expressa pela compreensão dos conceitos de premissa e conclusão.

Premissa e conclusão, em primeiro lugar, são termos relativos dentro de cada argumento. São classificações das proposições na relação de justificação entre elas. Basicamente, a premissa é a proposição que justifica outra, enquanto a conclusão é a proposição justificada por outra(s). Fora de um argumento, não há que se falar em premissa e conclusão, apenas em sentenças e proposições. É perfeitamente possível que a conclusão de um argumento seja a premissa em outro.

Um argumento envolve, necessariamente, ao menos uma proposição classificada como premissa e outra como conclusão. Uma única declaração jamais será um argumento. Afirmar que uma sentença foi injusta, simplesmente, não é argumentar, é meramente opinar sem fundamentação. Uma vez que, ao argumento de injustiça de uma decisão, sejam pronunciadas razões para isso, no sentido de justificar o posicionamento, teremos então um argumento. A ordem também não é importante, exceto quando se deseja organizar o argumento. Uma conclusão não se encontra necessariamente no início ou no final de um argumento. Cabe ao intérprete identificar qual o ponto central que está sendo declarado, e quais declarações estão conferindo fundamentação.

Estabelecido que um argumento parte de premissas e chega a uma conclusão, sendo considerado todo o processo de inferência, há dois tipos de argumentos que são considerados na Lógica: argumentos dedutivos e argumentos indutivos.

2.3.4 Argumentos dedutivos

Os argumentos dedutivos são argumentos de certeza. A partir de premissas estabelecidas, aceitas como verdadeiras, busca-se uma conclusão igualmente verdadeira. O silogismo, argumento dedutivo por excelência, é estruturado de forma que, se suas premissas forem verdadeiras, obrigatoriamente a conclusão também será:

se bem que todo argumento implique a pretensão de que suas premissas forneçam a prova da verdade da sua conclusão, somente um argumento

dedutivo envolve a pretensão de que suas premissas fornecem uma prova conclusiva (COPI, 1981, p.35).

Um raciocínio que apresente sua conclusão adequadamente fundamentada por suas premissas, que por sua vez não permitam conclusão diversa, é considerado um argumento válido. Validade é um atributo dos argumentos dedutivos conferido ao argumento como um todo, e não a seus elementos (premissas e conclusão).

Validade é propriedade da forma lógica de relacionar, independente do conteúdo gramatical e conceptual das proposições constituintes. A validade independe da correção gramatical e da verdade empírica: há algo próprio na forma lógica (VILANOVA, 1997, p.45).

É preciso sempre lembrar que a validade é um atributo que independe do conteúdo. Assim, um raciocínio pode ter uma estrutura correta, independentemente de seu conteúdo específico.

2.3.5 Validade e verdade

Enquanto a validade indica a correta construção do argumento dedutivo, a verdade é um atributo da proposição, individualmente.

A relação entre verdade e validade não é uma conexão simples, pois é possível que um argumento contenha premissa(s) falsa(s) e conclusão verdadeira:

Todos os alunos de direito são estudiosos. (premissa)

Todos os estudiosos são universitários. (premissa)

Todos os alunos de direito são universitários. (conclusão)

No argumento acima, temos uma conclusão que corretamente é derivada de suas premissas, tornando o argumento válido. Entretanto, ao atribuir o valor de verdadeiro ou falso aos componentes individuais, percebe-se que é um argumento com premissas falsas e conclusão verdadeira:

A verdade ou falsidade da sua conclusão não determinam a validade ou invalidade de um argumento. Tampouco a validade de um argumento garante a verdade da sua conclusão. Há raciocínios perfeitamente válidos que têm conclusões falsas – mas devem ter, pelo menos, uma premissa falsa (COPI, 1981, p.39).

Idealmente, um argumento dedutivo é válido e contém premissas verdadeiras, o que permite que o classifique, além de válido, como sólido. Para tanto, é preciso que todas as premissas do argumento possam ser verificadas adequadamente.

No Neopositivismo lógico, que utiliza a Lógica formal como base, as proposições jurídicas devem conter o valor de verdadeiro, passível de verificação de forma objetiva.

Evidentemente, a conclusão de um raciocínio sólido é verdadeira. Um raciocínio dedutivo não consegue estabelecer a verdade de sua conclusão se não for sólido, o que significa que não é válido, ou então que nem todas as suas premissas são verdadeiras. Determinar a verdade ou falsidade das premissas é uma tarefa que incumbe à ciência, em geral, pois as premissas podem referir-se a qualquer tema (COPI, 1981, p.39).

Aqui o positivismo jurídico estabelece um parâmetro de objetividade na questão da verdade. Ainda que a sentença declarativa, unidade na construção do raciocínio da Lógica formal, permita a atribuição do valor verdadeiro ou falso, não é qualquer valor que será considerado pela ciência positivista. A verdade deve possuir, ainda, o atributo de objetividade.

Na Epistemologia, quando se faz uma tomada de conhecimento da realidade, pode-se fazê-lo por duas perspectivas: por um juízo de fato ou um juízo de valor.

O juízo de fato, de caráter predominantemente descritivo, satisfaz as exigências metodológicas do positivismo, pois ele permite, em sua proposta objetiva, um distanciamento de qualquer juízo de valor. O juízo de fato apenas descreve, de forma neutra, sem se posicionar. Dito de outra forma, a ciência considera apenas juízos de fato.

Afirmar que uma norma foi produzida de acordo com um procedimento correto, e posta por autoridade competente, é um juízo de fato. Tal tomada de conhecimento desconsidera posicionamento moral, subjetivo. Quando a Constituição Federal veda, em seu artigo 5º, a pena de morte, é possível fazer uma avaliação de fato de que o Ordenamento jurídico brasileiro não permite a pena de morte. Tal

tomada de valor pode ser realizada, inclusive, por quem não concorda com a vedação.

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade (BOBBIO, 1996, p.135).

A importância da Lógica Formal ao positivismo jurídico, e a Kelsen, está no cerne da tomada de conhecimento. Só é conhecimento válido, científico, para uma Teoria Pura do Direito, os juízos de fato, expressos por sentenças declarativas, que meramente descrevem seu objeto, sem se posicionar. A descrição é indissociável da ciência neutra, como principal meio de expressão positivista.

2.4 DESCRIÇÃO LITERÁRIA E NARRAÇÃO

2.4.1 A descrição na literatura

Descrição e narração são, em primeiro lugar, formas possíveis da composição, do texto escrito ou falado. Quando nos referimos às formas de composição, como a narração, descrição e dissertação, não estamos nos referindo a formas autônomas, mas sim a formas que coexistem na formulação de um texto complexo, ainda que se possa perceber a predominância de uma ou outra estrutura.

Ora, é certo que não existe qualquer escritor que renuncie completamente a descrever. E também seria pouco lícito afirmar que os grandes representantes do realismo posterior a 1849, Flaubert e Zola, tenham renunciado de todo a narrar. O que nos importa são os princípios da estrutura da composição e não o fantasma de um “narrar” ou “descrever” que constituam um “fenômeno puro” (LUKÁCS, 1965, p.50).

Essa constatação deve ser levada em consideração uma vez que, ainda que Kelsen mantenha uma predominância descritiva e Dworkin, narrativa, não se pode olvidar a ligação entre as estruturas textuais:

Isso quer dizer que dificilmente encontramos um texto cujo interesse central seja a descrição de algo. Paralelamente a essa constatação, no entanto, temos que reconhecer que também são raras as narrações ou dissertações que não contenham algum trecho descritivo (BEARZOTI FILHO, 1991, p.1).

Apesar dos textos possuírem diferentes composições, é possível identificar, em seu meio, quais são os trechos descritivos. Palavras classificadas como adjetivos, substantivos, verbos e advérbios trazem uma carga descritiva.

Devemos somente considerar como descritivo um trecho cujo objetivo principal seja o de retratar algo, e não o de contar uma história ou de elaborar um raciocínio. Para classificar uma composição como pertencente a uma das três formas básicas devemos, portanto, atentar para as linhas gerais do texto, não esquecendo nunca que não há textos “puros” – em que haja uma forma apenas -, e sim textos em que uma ou outra forma é predominante (BEARZOTI FILHO, 1991, p.4).

Ainda,

Evidentemente, num relato, descrição e narração se acham intimamente ligadas, mas isso não impede que se considere que cada um destes modos de organização tenha a sua especificidade [...] coloca-se, a questão da diferença que existe entre essas duas ordens (CHARADEAU, 2008, p.107).

Já foram expostas algumas características da descrição, como sua relação com outras composições textuais, inclusive com a narrativa, assim como a descrição representar uma espécie de “retrato verbal” do objeto descrito:

Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma (KELSEN, 1999, p.6).

Na citação acima, pode-se ver a finalidade da descrição na construção da ciência jurídica. O cientista não busca criar uma história, não busca justificar nada além do texto normativo ou científico. Busca apenas retratar, objetivamente, seu objeto, a norma jurídica. Esse ponto nos leva a considerar a finalidade, ou função, da descrição.

A finalidade, ou função geral da descrição pode ser classificada como “fazer ver” e “fazer sentir”.

A ideia de fazer ver coincide com a forma de expressão dos juízos de fato, trabalhados na teoria do positivismo. A finalidade aqui é descrever o fato, o objeto, como ele se apresenta: formato, cor, funcionamento, codificação etc.

A linguagem científica se preocupa mais com esse aspecto descritivo, uma vez que busca, acima de tudo, a objetividade. A noção de descrição objetiva decorre daquilo que se refere ao objeto em si, ao contrário daquilo que é próprio do sujeito, característica do subjetivo (BEARZOTI FILHO, 1991, p.11).

Os traços objetivos de uma descrição são aqueles que se mantêm constantes no objeto, independente do intérprete. Outra forma de dizer é afirmar que são os traços do objeto em si. Referem-se, por exemplo, às partes que compõe o objeto, à sua estrutura:

Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura (KELSEN, 1999, p.118).

Esse tipo de traço descritivo, de caráter objetivo, é obtido pela consideração de que o objeto descrito é um todo (a Ordem Jurídica para Kelsen) composto de partes (as normas jurídicas individualizadas, os comandos de dever-ser) e pela busca dessas partes (BEARZOTI FILHO, 1991, p.15).

Uma vez que o positivismo jurídico preza pela objetividade, o ponto de vista descritivo deve manter-se neutro. A utilização da descrição para fatos não verificáveis, conhecido como ponto de vista psicológico, não é uma estrutura válida no Neopositivismo lógico e, conseqüentemente, na teoria de Kelsen.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto [...] De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política (KELSEN, 1999, p.1).

2.5 A DESCRIÇÃO NA LITERATURA E KELSEN

O grande contraste, na Literatura, a respeito das diferentes composições, narração e descrição, deve ser realizada em paralelo com a postura do escritor (e do intérprete do Direito). As posturas contrapostas aqui são a postura de participação e a postura de observação: “A literatura baseada na observação elimina sempre, em medida crescente, o intercâmbio entre a praxis e a vida interior” (LUKÁCS, 1965, p.59).

O texto cuja composição tem a descrição como prevalência é um texto de observação. A participação é desencorajada, inclusive, uma vez que pode interferir com a objetividade dos dados do objeto. Não há uma ligação entre intérprete, escritor, e a produção. Esse distanciamento, em Kelsen, se mostra evidente já em sua proposta teórica, no início da Teoria Pura do Direito:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito (KELSEN, 1999, p.1).

Essa pureza, constante na obra, elimina inclusive, como diz o autor, a dimensão política do Direito. Considerando que o Direito é uma das estruturas políticas basilares da sociedade, no sentido de fazer parte do interesse público, da *polis*, pode-se perceber os extremos da dogmática jurídica kelseniana. A Teoria Pura extrai cirurgicamente o Direito do seu próprio meio de existência, justificativa e finalidade. Não importam suas razões anteriores, suas críticas atuais nem sua eficácia futura. Há um fechamento absoluto na norma válida, na sua compreensão por uma justificação unicamente formal. As ciências que estudam esses aspectos têm, sim, sua importância, apenas não na dogmática jurídica:

Quando a Teoria pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto (KELSEN, 1999, p.2).

A postura de Kelsen é extrema o suficiente para caracterizar a ciência do Direito inclusive como natural, desconsiderando a dicotomia entre ciências naturais e

sociais. Dessa forma, o Direito não passa de um fato da natureza, o que possibilita estudar o fenômeno jurídico unicamente por meio de juízos de fato.

Em Kelsen, a validade da norma se refere fundamentalmente a seu processo de produção. Independentemente de seu conteúdo, uma conduta é devida se corresponde à norma e, conseqüentemente, indevida ao contrário-la.

Uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real (KELSEN, 1999, p.19).

Aqui é clara a distinção positivista entre Direito e moral. Uma norma não é, em hipótese alguma, julgada pelo seu conteúdo, mas apenas pela forma e autoridade envolvidas em sua produção. Ainda que a norma tenha sido produzida por inspiração em valores morais claros, como por exemplo, os direitos fundamentais elencados no artigo quinto da Constituição Federal, mantém-se a rígida distinção. A vontade do legislador, suas justificativas e motivações se tornam irrelevantes após a positivação da norma.

Esta postura também vale na compreensão do Direito, na sua ciência. O estudioso, cientista do Direito não se posiciona perante seu objeto, mas apenas o descreve:

Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem jurídica que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever (KELSEN, 1999, p.78).

E dessa forma, uma vez que o Direito nada deve à moral, todas as normas têm o mesmo, único, valor que pode ser atribuído a elas: a validade. Uma norma não é melhor ou pior que as outras, é apenas válida ou inválida. Esse critério unívoco, formal, equipara todos os conteúdos. Tal ponto de vista é, novamente, uma característica distinta do texto descritivo: “A narração distingue e ordena. A descrição nivela todas as coisas” (LUKÁCS, 1965, p.62).

A *praxis*, a prática humana que levou à norma, aplicou-a e depois sente seus efeitos, é absolutamente irrelevante no texto descritivo de Kelsen.

A descrição torna presentes todas as coisas. Contam-se, narram-se acontecimentos transcorridos; mas só se descreve aquilo que se vê [...] De

qualquer modo, o fato de se perder a ligação (própria da narração) entre as coisas e a função que elas assumem em concretos acontecimentos humanos implica na perda de significação artística das coisas (LUKÁCS, 1965, P.65).

E é exatamente por se afastar das pessoas que a Teoria Pura do Direito jamais poderia sair da descrição. O único objeto da Teoria Pura é a norma, e a linguagem da Ciência do Direito é a descrição.

Podemos, com efeito, determinar a relação de uma determinada conduta humana com um ordenamento normativo, ou seja, afirmar que esta conduta está de acordo ou não está de acordo com o ordenamento, sem ao mesmo tempo tomarmos emocionalmente posição em face dessa ordem normativa, aprovando-a ou desaprovando-a (KELSEN, 1999, p. 23).

Outra forma de expressar a descontextualização da descrição, sua atemporalidade, está na tendência do texto descritivo em cortar conexões. Ao isolar as observações, perde-se a temporalidade, o liame que torna o texto narrado, por exemplo, o que é.

Na busca pela objetividade e universalidade do conhecimento, Kelsen rompe com os elementos históricos passados e futuros do Direito.

Em primeiro lugar, em relação ao passado do Direito: A Teoria Pura reconhece que toda norma é resultado de um ato de vontade do legislador. Ou seja, só há uma norma na ordem jurídica porque alguém, em algum momento, assim quis, e essa pessoa teve autoridade e produziu a norma pelos meios reconhecidos.

Sem dúvida, a norma teve uma razão de ser. Pressão popular, convicção moral, adequação ao cenário internacional são apenas algumas das razões que podem explicar a positividade de um novo comando. Independente disso, essa norma será sempre o resultado de um ato de vontade do legislador. Em um contexto narrativo, onde o tempo é fundamental, essa ligação seria integrante para a compreensão da norma, mas não na dogmática jurídica kelseniana.

A “existência” de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe [...] e as leis que eles puseram em vigor (a que eles deram vigência) podem valer mesmo quando estes indivíduos já tenham morrido há muito tempo e, portanto, nem sejam capazes de querer (KELSEN, 1999, p.11).

O que se conclui neste ponto é que o passado, a existência dos elementos que levaram à criação da norma, é irrelevante para Kelsen. O autor e suas vontades deixam de importar, pois a norma, uma vez posta, tem uma existência independente do ato de vontade que a criou. Ainda que o legislador mude de ideia, tal ato não é considerado na vigência atual da norma.

Essa desconexão não se limita ao passado, mas também ao futuro. A Teoria Pura do Direito, em seu corte metodológico, ignora quase completamente os efeitos de uma norma na sociedade. Há uma desconsideração da eficácia normativa, ou seja, da efetiva produção de efeitos. Sendo assim, uma norma que vise à segurança do trânsito, exigindo que os motociclistas utilizem luvas de proteção, será válida independente de ser seguida pelos cidadãos, ou de que as infrações sejam punidas pelo Estado. Os efeitos presentes e futuros de uma norma não importam, apenas seu dever-ser é reconhecido. A ligação que Kelsen reconhece entre validade e eficácia (uma revisão de sua teoria anterior) é uma questão minimamente considerada:

Qual a natureza da validade do Direito, considerada distinta de sua eficácia? A diferença pode ser ilustrada por um exemplo: uma regra jurídica proíbe o roubo, prescrevendo que todo ladrão deve ser punido pelo juiz. Essa regra é “válida” para todas as pessoas, para os indivíduos que têm de obedecer à regra, os “sujeitos” aos quais, desse modo, o roubo é proibido. A regra jurídica é “válida” em particular para os que efetivamente roubam, e ao fazê-lo, violam a regra. Ou seja, a regra é válida mesmo nos casos em que lhe falta eficácia [...] a regra conserva sua validade mesmo que o ladrão consiga fugir (KELSEN, 1998, p.42).

No fim, apenas um mínimo de eficácia é necessário para que uma norma seja válida. O que significa que, se uma norma é minimamente cumprida, a despeito da raridade, ela é tão válida quanto qualquer outra norma do sistema.

Dizer que uma norma é vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regule lhe corresponde efetivamente, pelo menos em certa medida (KELSEN, 1999, p.12).

Essa desconexão com passado ou futuro também não poderia ser expressa por meio de uma narrativa. O estilo descritivo, adotado por Kelsen, é o meio adequado para isolar o objeto de estudo do meio em que ele funciona.

É assim que desaparecem, no estilo descritivo, todas as conexões épicas. Sobre coisas inanimadas, fetichizadas, perpassa o hálito sem vida de um fugaz estado de ânimo. A conexão épica não consiste na mera sucessão dos diversos momentos [...] Na verdadeira arte narrativa, a série temporal dos acontecimentos é criada artisticamente e tornada sensível por meios bem complexos. É o próprio escritor que, na sua narração, precisa mover-se entre o passado e o presente (LUKÁCS, 1965, p.69).

Ao retirar uma pessoa do tempo, do contexto, da *polis*, retiramos dessa pessoa seu próprio sentido, sua própria identidade como ser humano. Aristóteles afirmou que o homem é um animal político. Tal afirmação não significa simplesmente que as pessoas têm vontade de conviver, ou sentem prazer nas interações. O ser humano é político, pois é apenas na atividade política que ele se constitui como homem. Fora da *polis*, o homem se degenera, iguala-se às bestas selvagens. Dito de outra forma, é apenas no contexto político que o homem se afirma como tal, no cenário em que foi criado, no tempo em que viveu, nas relações que construiu. Retire isso e não há que se falar em identidade.

O método descritivo, ao isolar contexto, cria exatamente essa descaracterização; é desumano, pois transforma os homens em seres estáticos, elementos de naturezas mortas (LUKÁCS, 1965, P.76).

Kelsen, ao considerar o ser humano, o sujeito de direito, a pessoa física, retira toda a identidade e contexto da pessoa, reduzindo-a a um feixe de normas que representam direitos e obrigações normativas. Nada há para além disso, nem um campo moral, nem uma história a se pesar na interpretação do Direito. Na verdade, o Direito não enxerga a pessoa, apenas comportamentos isolados por normas, sem liame. Há inclusive uma equiparação entre pessoa física e jurídica, onde o Direito não estabelece distinção sólida:

A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela Ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (KELSEN, 1999, p.194).

E ainda, na busca pelo objetivismo, Kelsen cai no extremo subjetivismo, consequência inescapável de sua proposta metodológica. A interpretação do Direito, sua aplicação, envolve a capacidade do juiz de realizar um esforço mental de compreensão das normas jurídicas, da Constituição às normas inferiores. Esse

esforço pode ser realizado por qualquer pessoa que domine a linguagem, mas apenas o aplicador do Direito detém a capacidade de realizar a interpretação autêntica, ou seja, aquela interpretação que cria Direito, que realiza efeitos jurídicos. Considera-se que a interpretação autêntica pertence ao juiz, ao aplicador do Direito. Os advogados e promotores, assim como professores, realizam a interpretação não autêntica.

A dificuldade ao interpretar está nesse caminho interpretativo, da Constituição para as normas inferiores. Segundo Kelsen, nenhuma norma condiciona completamente o conteúdo da norma inferior, deixando um espaço de indeterminação, que pode ser intencional ou não intencional. Essa ambiguidade gerada impede o intérprete de fixar um sentido único no ato interpretativo:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimentos das várias possibilidades que dentro desta moldura existem (KELSEN, 1999, p. 390).

Disso decorre que, devido à ambiguidade inescapável da interpretação, o máximo que o aplicador do Direito pode esperar é tentar minimizar essa ambiguidade, deparando-se no fim com mais de uma interpretação, justificadas pela Constituição e Norma Hipotética Fundamental, situação em que terá que fazer uma escolha. Mas uma escolha entre duas normas igualmente válidas exige um posicionamento, um juízo de valor. Uma vez que a Teoria Pura do Direito nega a possibilidade de um juízo de valor universal objetivo, nega também a validade de qualquer critério de escolha moral. Pode-se ver a teoria da interpretação dessa forma:

Em sua teoria da interpretação, Kelsen compreende o Direito como uma moldura que abarcaria uma miríade de possíveis interpretações. Dessa forma, entendemos que o pluralismo se encontra presente na Filosofia jurídica de Kelsen, embora, dessas várias normas jurídicas possíveis, apenas uma dela se torne efetivamente direito positivo em cada caso concreto. Para Kelsen, o ato de o aplicador do Direito optar por uma norma e não por outra não é um ato de cognição, mas um ato de vontade do aplicador. Desde que a norma esteja dentro da moldura, está dentro da esfera jurídica, ou seja, dentro da legalidade (BARCELLOS; BUSSINGER, 2013, P.148).

A solução final não pode ser outra senão reconhecer que a Ciência do Direito não é capaz de fornecer uma única resposta correta para casos difíceis, deixando à mão da arbitrariedade do intérprete a escolha de uma possível resposta:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, esse ideal somente é realizável aproximadamente (KELSEN, 1999, p.396).

O método neopositivista não permitiria outra solução, sem sacrificar suas bases metodológicas. As estruturas lógicas descritivas, dependentes de métodos de verificação, invariavelmente lidam com essa barreira:

O método da observação e descrição surge com o intento de tornar científica a literatura, transformando-a numa ciência natural aplicada, em uma sociologia. Porém os momentos sociais registrados pela observação e representação são tão pobres, débeis e esquemáticos, que podem sempre, com rapidez e com facilidade, fazer com que se descambe para o extremo oposto do objetivismo: um subjetivismo integral (LUKÁCS, 1965, P.76).

Kelsen, ao defender o método científico, a busca pelo primor e objetividade, cai exatamente no extremo subjetivismo, que Dworkin irá chamar de Tese da Discricionariedade. Essa tese defende uma aplicação arbitrária do Direito por não reconhecer a necessidade de integrar ao Direito o conceito moral:

[...] é com Kelsen que a Filosofia jurídica sofre uma significativa ruptura [com a Filosofia de valores]. Kelsen cinge-se à ideia do resgate da objetividade e da segurança no campo do direito, propondo a construção de uma teoria que excluísse quaisquer elementos de natureza metafísico-valorativa. Como vimos, pretendia-se que a atividade jurisdicional ficasse circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feitas pelo Estado, capaz de gerar uma norma individual como sentença para cada caso concreto (CAMARGO, 2003, p.136).

É a partir deste ponto que Dworkin lança um ataque ao positivismo (mais exatamente da mesma premissa em Hart), e fica clara a ligação, a base descritiva da teoria kelseniana.

3. O PÓS-POSITIVISMO EM DWORKIN E A NARRAÇÃO

3.1 O PÓS-POSITIVISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS, SEMELHANÇAS DE FAMÍLIA

Acompanhando a história do pensamento científico e do paradigma positivista e jurídico-positivista, percebe-se que um dos grandes pontos de divergência está no tratamento dado aos valores, às virtudes. Não apenas a Filosofia debateu sobre a natureza, alcance e mutabilidade dos valores, mas sobre a própria relevância desse debate. O positivismo jurídico, como visto, é inflexível na absoluta falta de objetividade de uma Filosofia dos valores. Não apenas carece de objetividade, mas conclui, na perspectiva do Neopositivismo lógico, que o discurso sobre valores carece de sentido. Quando Wittgenstein afirma que “Acerca daquilo de que não se pode falar, tem que se ficar em silêncio” (WITTGENSTEIN, 1995, p.142), não é uma referência a proibição de falar sobre um conteúdo, é impossibilidade de se criar um conteúdo com sentido.

É com Kelsen que a ruptura entre Direito e Moral toma maior proporção. A busca pela objetividade e adoção dos métodos das ciências naturais, objetivando uma teoria livre de toda e qualquer influência metafísica-valorativa, leva a ciência do Direito ao formalismo absoluto. O valor da norma vem tão somente de sua forma de produção e adequação ao sistema, independentemente de qualquer conteúdo. Não há, no Direito, conteúdo obrigatório.

O que ocorre, na prática, é a percepção de que, a despeito dos esforços da dogmática jurídica, o limite imposto pelo corte metodológico reducionista do positivismo jurídico não cria uma compreensão do Direito, mas sim, uma teoria tão distante de seu objeto que a torna, em última análise, incapaz de cumprir suas funções principais, explicar e resolver os problemas relacionados ao Direito.

O pós-positivismo é um movimento crítico ao positivismo. Mesmo reconhecendo, muitas vezes, avanços na teoria positivista, como a Teoria do Ordenamento jurídico

como forma eficaz que organizar as normas jurídicas e lidar com problemas relacionados à sua organização, a visão do Direito meramente como normas é considerada insuficiente para uma visão do Direito em sua totalidade. Essa totalidade, que será compreendida sob uma perspectiva narrativa, é alcançada pela articulação da dimensão formal do Direito (as normas jurídicas) com a dimensão de conteúdo (a Justiça, a pragmática).

Considerando as diferentes vertentes do pós-positivismo, muitos aspectos são particulares em uma ou outra teoria. Levando em consideração as semelhanças de família de Wittgenstein, é necessário um estudo mais aprofundado, relacionado, mas independente de uma lista de características essenciais:

Considera, por exemplo, os processos aos quais chamamos <<jogos>>. Quero com isto dizer os jogos de tabuleiros, os jogos de cartas, os jogos de bola, os jogos de combate, etc. O que é que é comum a todos eles? Não respondas: << tem de haver algo em comum, senão não se chamariam jogos>> - mas olha, para ver se têm alguma coisa em comum. – Porque, quando olhares para eles não verás de facto o que todos têm em comum, mas verá parecenças, parentescos, e em grande quantidade. Como foi dito: não penses, olha! – Olha, por exemplo, para os jogos de tabuleiro com os seus múltiplos parentescos. A seguir considera os jogos de cartas: encontras aqui muitas correspondências com a primeira classe mas desaparecem muitos aspectos comuns, outros aparecem... E o resultado desta investigação é o seguinte: vemos uma rede complicada de parecenças que se cruzam e sobrepõem umas às outras. Parecenças de conjunto e de pormenor. (WITTGENSTEIN, 1995, p.227).

São esses parentescos que serão demonstrados a seguir. A maioria deles estará presente nas principais teorias, apesar de exceções não descaracterizarem a regra. Isso exposto, são essas as características das teorias pós-positivistas:

1) O reconhecimento de uma Filosofia de valores.

A grande crítica que o pós-positivismo dirige ao positivismo pode ser compreendida no recorte metodológico reducionista. Uma teoria de valores, de virtude, não tem lugar num paradigma onde direito é apenas direito posto. Importante notar que o positivismo não nega a existência de valores influenciando o Direito, apenas que não se deve fazer ciência do que não pode ser objetivamente quantificado.

O Pós-positivismo, por outro lado, reintegra a uma visão formal uma teoria de conteúdo, uma tentativa de explicar as virtudes, a moral, a Justiça. Dworkin defende que a Justiça é uma das três virtudes que governam o Direito, ao lado da Integridade

e do devido processo legal. Mais importante, o conceito de Justiça não deve ser visto como fragmentado:

Este livro defende uma tese antiga: a unidade do valor. Não é um apelo aos direitos dos animais ou para punir gerentes de recursos financeiros. O título [*Justice for Hedgehogs*] refere-se a uma citação de um poeta grego, Arquíloco, tornada famosa por Isaiah Berlin. A raposa sabe muitas coisas, mas o porco-espinho sabe uma grande coisa. Valor é uma grande coisa (DWORKIN, 2011, p.1, tradução nossa).¹³

O conceito de Justiça, uma vez reconhecido como parte do Direito, passa a ser uma preocupação inescapável para os autores do Pós-positivismo. Considerando Justiça como um parâmetro para escolher uma resposta melhor que outras, dentre escolhas possíveis, pode-se identificar essa dimensão moral na razoabilidade de Perelman, na busca tópica de Theodor Viehweg e no sopesamento proporcional de Robert Alexy.

2) A compreensão do Direito como regras e princípios.

Enquanto as teorias positivistas dão grande atenção ao conceito de regras, desde o conceito mais simples de ordens baseadas em ameaças de Austin ao detalhado aprofundamento das regras primárias e secundárias de Hart, as teorias pós-positivistas adicionam mais uma dimensão às normas jurídicas: os princípios.

Há uma preocupação em afirmar a identidade de regras e princípios como normas, assim como diferenciá-las em sua estrutura. Dworkin afirma que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica:

A diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem (DWORKIN, 2002, p.39).

Robert Alexy também distingue, no campo normativo, regras de princípios, estabelecendo claramente que a distinção é condição para sua teoria como um todo:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas [diferenciações teórico-estruturais] é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos

¹³ *This book defends a large and old philosophical thesis: the unity of value. It is not a plea for animal rights or for punishing greedy fund managers. Its title refers to a line by an ancient Greek poet, Archilochus, that Isaiah Berlin made famous for us. The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing. Value is one big thing.*

fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, sem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p.85).

A separação entre regras e princípios é relevante uma vez que é por meio dos princípios que é possível reintegrar ao Direito o conceito de Justiça. Como são padrões não normativos que orientam decisões, nem são presos a uma aplicação binária (tudo ou nada), eles abrem espaço para a argumentação.

3) Crítica ao positivismo e negação da tese da discricionariedade.

A abertura do texto legal, ou mesmo sua inerente ambiguidade, levou os positivistas a criarem, em alguma medida, uma tese da discricionariedade, na qual reconhecem que a ciência do Direito não é capaz de fornecer uma única resposta para casos concretos, especialmente em relação aos casos difíceis. Dworkin oferece a tese da resposta correta, onde há apenas uma única resposta possível para casos difíceis, não importando tratar-se de um caso simples ou um *hard case*. Alexy pondera que há meios de orientar-se pelo campo de indeterminação de sentido no Direito:

No espaço do mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência (ALEXY, 2008, p.140).

As relações de peso, ligadas ao caso concreto, são avaliadas pela proporcionalidade, o que permite, dentre diferentes sopesamentos, encontrar uma medida mais adequada.

Utilizando uma tese da resposta correta, um princípio ou técnica da proporcionalidade, uma orientação da aplicação das regras pelo conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, buscam as teorias pós-positivistas superar a discricionariedade, marcante do positivismo jurídico.

4) Adoção, explícita ou implícita, da lógica informal.

A influência da Filosofia analítica¹⁴ no Neopositivismo jurídico é a marca de uma dupla redução metodológica do objeto de estudo. Uma redução do Direito ao Direito Positivo e, adiante, uma redução do Direito Positivo à Lógica formal. Essa busca pela objetividade e precisão científica tornou-se marco de crítica para os pós-positivistas, que por sua vez se esforçaram para reintegrar, ao conceito de Direito, um conceito moral. A argumentação jurídica, representante desse movimento, nasce nesse contexto:

O que se considera a vertente da argumentação jurídica na Teoria do Direito tem sua origem na década de 50, identificada por uma série de obras que rejeita, categoricamente, a lógica formal para analisar raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes são a *tópica* de Viehweg, a *nova retórica* de Perelman e a *lógica informal* de Toulmin (ATIENZA, 2006, p.45).

Essa corrente retórica busca, por meio de um resgate à lógica aristotélica, reformular a lógica informal, que permite trabalhar com categorias que seriam um mero sem sentido na lógica formal. A lógica informal, mantendo as semelhanças de argumentos, premissas e conclusões, permite trabalhar com verossimilhança, opiniões e probabilidades. Permite, ainda, uma visão indutiva da construção do raciocínio, realizada a partir do caso concreto, levando em conta as complexidades do que nem sempre pode ser demonstrado.

A *tópica* de Viehweg trabalha o conceito do pensamento problemático, onde a partir do caso concreto busca os lugares de argumentação. A nova retórica de Perelman trata do convencimento, e não da demonstração, como objetivo da argumentação. A Justiça é possível, mas deve ser construída concretamente, rediscutida a cada caso, num horizonte retórico.

Essas características são constituintes do Pós-positivismo, mas em diferentes medidas, sem um núcleo essencial. Podem ser identificadas por uma semelhança de família, como visto em Wittgenstein. Ainda que alguns pontos não sejam abarcados pelo autor, são assumidos implicitamente. A discussão da justiça, da probabilidade e melhor decisão, ocorre sempre num campo retórico, dialético, independente do tratamento dos conceitos.

¹⁴ Algumas correntes da Filosofia analítica incorporam a semiótica, principalmente em sua dimensão pragmática, dentro da teoria da linguagem. Mas o corte aqui está na corrente que influenciou o Círculo de Viena, na qual a própria existência é um operador lógico.

3.2 DWORKIN E O DIREITO VISTO COMO UM MODELO DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS

Ronald Dworkin (Worcester, Massachussets, 1931-2012) foi um filósofo do direito norte americano. Foi aluno de Herbert Hart em Oxford, defendeu uma postura liberal e foi um dos críticos da concepção positivista do Direito. Foi aluno de Herbert Hart na universidade de Oxford, onde teve extenso contato com a teoria do positivismo jurídico, levando-o a uma carreira acadêmica marcada pela crítica ao pensamento positivista e a uma defesa pela dimensão da Justiça no Direito.

A base do pensamento de Dworkin já pode ser encontrada na difundida em “Levando os Direitos a Sério” (1977), cujos artigos foram elaborados e mesmo publicados separadamente antes de serem reunidos na obra. Essas ideias serão revisitadas e reformuladas perante também em obras posteriores (mormente O “Império do Direito” e “Uma Questão de Princípios”).

Uma das grades preocupações de Dworkin está relacionada à Teoria do Direito. O autor afirma a incapacidade do positivismo jurídico de oferecer uma compreensão do Direito:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo [...] é um modelo de e para um sistema de regras e [...] seu noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras (DWORKIN, 2992, p.35).

O positivismo jurídico considera o Direito como um conjunto de normas válidas, cujo critério de validade único é estabelecido por uma norma fundamental ou regra de reconhecimento. Apesar de Dworkin fazer uma crítica principalmente ao pensamento de Hart, ele assim o faz tão somente por compreender ser a teoria mais elaborada do positivismo presente, mas a crítica pode ser estendida à compreensão limitadora das teorias positivistas de forma geral.

Teoria que é hoje aceita, em uma forma ou outra, pela maior parte dos juristas mais ativos e de orientação mais acadêmica que concepções a respeito da teoria do direito. Denominarei essa teoria, com alguma imprecisão histórica, de ‘positivismo jurídico’ (DWORKIN, 2002, p.27).

Após realizar uma crítica a Austin e Hart, na obra “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin apresenta dois casos: *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield*.¹⁵ Essas obras provêm o fio narrativo necessário para a crítica principal dirigida ao positivismo: a de que o Direito nada mais é que um sistema de regras validadas por um critério formal e, conseqüentemente, sem nenhuma fundamentação na Justiça. A análise começa, então, por um estudo dos problemas do positivismo jurídico.

3.2.1 A interpretação em Kelsen e no positivismo jurídico

O problema maior da teoria positivista encontra-se na limitação de sua teoria da interpretação. Tanto Kelsen como Hart reconhecem que a interpretação do Direito, em sua lógica dedutiva, não é capaz de fornecer uma única resposta correta para casos difíceis. No caso de Kelsen, isso se deve a uma indeterminação da norma (voluntária ou não) que impede que uma norma superior condicione completamente o conteúdo de uma norma inferior.

Por um lado, relação entre um escalão superior e inferior da ordem jurídica, como a relação entre a Constituição e a lei, é uma determinação incompleta. É necessário sempre deixar uma margem de apreciação. Assim, mesmo uma ordem pormenorizada deve manter uma mínima margem de segurança que possibilite a execução de uma norma inferior. Uma norma superior pode autorizar um agente a realizar determinada ação, mas não há como o legislador prever todos os passos exatos para o devido cumprimento, deixando assim uma margem de discricionariedade.

Por outro lado, a indeterminação pode ser não intencional, decorrente da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras (KELSEN, 1999, p.389). Diante de uma ambigüidade (ou antinomia) normativa, a escolha do sentido da norma se torna um ato valorativo do intérprete. Esse ato valorativo, por ser uma

¹⁵ Ambos relatados no capítulo 4.

das possíveis interpretações perante a Constituição, não é avaliado por uma Teoria Pura do Direito.

A conclusão de Kelsen relativa à interpretação é de que a ciência do Direito não pode fornecer uma única resposta para casos concretos, podendo no máximo auxiliar a estabelecer uma moldura de possíveis interpretações. Nas palavras de Kelsen:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isso é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal só é possível aproximativamente (KELSEN, 1999, p.396).

Hart defende o mesmo posicionamento pela teoria da Textura Aberta, que afirma ser a linguagem incapaz de descrever o mundo com precisão, incluindo o Direito, como linguagem que é, nessa ambiguidade inerente:

Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto a orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (A expressão <veículo> usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?) (HART, 2001, p.139).

A solução para essa ambiguidade, pela moldura de Kelsen ou pela textura aberta de Hart, é a discricionariedade conferida ao julgador, no ato da decisão. Uma vez que, pela visão descritiva da ciência do Direito, todas as possíveis interpretações são igualmente válidas, é impossível julgar, dentre as possíveis interpretações, qual a melhor. A escolha é obrigatoriamente um juízo de valor, não reconhecido pela ciência. Essa é a visão geral da tese da discricionariedade.

3.2.2 O Modelo de Direito como regras e princípios

Dworkin adota como solução para a tese da discricionariedade a tese da resposta correta, segundo a qual há apenas uma única resposta para casos concretos, fáceis ou difíceis, não sendo sustentável uma liberdade ao aplicador do Direito. Para sustentar essa tese, o Direito é visto não apenas como um sistema de regras, mas um sistema de regras e princípios, esses últimos indispensáveis na compreensão da solução de casos como *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield*:

Minha estratégia está organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões (DWORKIN, 2002, p.36).

O ponto principal, então, está na constatação, demonstrado por uma composição narrativa, contextualizada pelo autor, que os tribunais têm, consistentemente, utilizado mais que regras jurídicas para resolver os casos concretos.

De acordo com a tese da resposta correta há sempre uma resposta correta para cada caso, ainda que difícil, pois o direito da parte é preexistente ao julgamento, sendo a tarefa judicial realizada com o objetivo de encontrar a referida resposta.

Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções". (DWORKIN, 2002, p. 286).

O juiz, ao analisar o caso concreto, deve-se utilizar de dois tipos de argumentos: os princípios em sentido estrito, que representam fins em si mesmos, como exigências da moral, justiça e equidade, e os princípios políticos, que são padrões que estabelecem objetivos a serem alcançados (Sejam eles políticos, econômicos ou sociais, por exemplo). Deve ainda respeitar os precedentes, ou seja, as decisões anteriores do tribunal ou de juízes superiores.

Feitas estas considerações conclui-se que o papel do juiz é encontrar, por meio judicial, a decisão adequada ao caso concreto, a qual, apesar de preexistente, não é

dada pela lei, mas sim definida por meio da argumentação principiológica. O juiz Hércules é uma figura idealizada por Dworkin, um magistrado de capacidade sobre-humana que tem por função encontrar os princípios do Direito e aplicá-los nos casos concretos. Esta figura representa as qualidades necessárias para que a pessoa competente (juiz) tome a decisão correta nos casos particulares.

A ideia de Hércules é a ideia de um ideal a ser alcançado, um norte que oriente a postura e o compromisso ético do aplicador do Direito. Dito de outra forma, é um modelo ideal de interpretação. Uma diferença que Dworkin traz é noção de que interpretar não é, de forma alguma, uma exclusividade do Direito. Toda comunicação é baseada na possibilidade de interpretação, o que significa que há uma teoria geral da interpretação.

Dworkin busca, inicialmente, relacionar os campos da interpretação no Direito e da interpretação na literatura. A justificativa está no fato de que o Direito é, afinal, linguagem, e sendo a literatura estudada há muito tempo, certamente poderá oferecer novas perspectivas. Ost afirma que “Direito e Literatura” é um termo que indica uma relação múltipla, que abarca uma diversidade de modelos. Uma análise pode agrupar essas teorias em três correntes dominantes, distintas entre si: 1) Direito da Literatura: que estuda a forma como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária. 2) Direito como Literatura: onde a Teoria da Literatura é aplicada ao discurso jurídico. 3) Direito na Literatura: como a Literatura trata de questões como a justiça e poder subjacentes à ordem jurídica. (OST, 2004, p.48).

Na obra de Dworkin, foi considerada a segunda opção, que relaciona o Direito como uma obra literária. Essa relação permite a utilização das técnicas e abordagens literárias na compreensão do Direito, ou seja, a utilização da teoria da literatura no Direito. O peso do argumento oferecido aparece na medida em que reconhece o fato de que, historicamente, já foram discutidas muito mais teses sobre interpretação no campo literário do que no campo jurídico (FABRIZ; MAIA, 2013, p.46).

As teorias da interpretação envolvem métodos de correta leitura do Direito, onde as mais sofisticadas utilizam da semiótica, e especialmente da dimensão pragmática, para extrair das proposições jurídicas seu sentido. Mas, a despeito do esforço, a unidade de sentido nunca foi alcançada, o que exige que uma interpretação do

Direito, como norma, como literatura, contemple a possibilidade da ambiguidade em todas as dimensões de compreensão.

A compreensão do Direito apresenta maior dificuldade, logicamente, com o aumento da complexidade dos casos concretos. Dworkin não estabelece um método específico para interpretação do direito em casos difíceis, mas reconhece um papel maior dos princípios para o argumento da resposta correta. Se as proposições fossem meramente descritivas de fatos, por exemplo, o conhecimento dos fatos levaria a uma resolução clara, mas não é o que ocorre, como relata, por exemplo, no caso *Riggs vs. Palmer*.

O Direito é um empreendimento tal que as proposições de Direito não descrevem o mundo real da maneira como fazem as proposições comuns, mas são antes proposições cuja asserção é garantida por regras básicas como as do exercício literário (DWORKIN, 2001, p.200).

Dworkin, assumindo o caráter plural e valorativo do Direito, reconhece nas proposições jurídicas o elemento descritivo, mas não se esgota nele em sua busca pela compreensão. (FABRIZ; MAIA, 2013, p.47) As proposições descritivas não encerram o discurso numa composição descritiva, mas fazem parte de um contexto maior, no qual é necessário incluir elementos históricos, assim como os valores envolvidos no caso em questão. Basicamente, passa a compreender o Direito como uma narrativa:

Há uma alternativa melhor: as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combinam elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas. (DWORKIN, 2001, p.219).

3.2.3 A hipótese estética na composição narrativa

A hipótese estética faz parte, em Dworkin, da teoria da interpretação. Oferece um parâmetro de crítica, moralmente condicionada, ao Direito. O ato de interpretar uma obra envolve tanto elementos internos ao texto, como externos, trazendo também contribuições do intérprete e para diferentes usos, desde uma adaptação até um

melhor entendimento de determinado ambiente cultural (DWORKIN, 2001, p.222). É buscando essa dimensão para além dos textos que Daury Fabriz afirma:

Uma percepção adequada do Direito por parte dos indivíduos dependerá de vários fatores (sociais, políticos, religiosos, morais, econômicos, dentre outros), que estruturam a sociedade. Uma adequada percepção do Direito também dependerá dos mecanismos de acesso à vivência do Direito, mantidos pelos poderes estatais, como tribunais, juízes conciliadores, casas de cidadania, dentre outras instituições, quando implantados verdadeiros canais democráticos de participação (FABRIZ, 1999, p.138).

Encontrar a melhor interpretação possível de uma obra de arte em dado contexto é o objetivo da interpretação do texto canônico¹⁶, chegar à melhor interpretação possível para aquela obra de arte. Uma forma de avaliação é uma comparação teleológica: Dentre as possíveis interpretações, considera-se qual a melhor narrativa.

A diversidade de interpretações, ou melhor, a possibilidade de, mediante uma gama de interpretações, escolher a mais adequada, é o obstáculo da teoria da interpretação. É como Daury se referiu à estética no Direito:

Também nessa perspectiva, revelam-se no Direito as dimensões *estéticas*. Ou seja, o fenômeno jurídico como um elemento que liga o homem (subjetividade) à exterioridade objetiva (o mundo concreto). Uma compreensão do Direito a partir da experiência. Lembrando *Aristóteles* que via na felicidade o melhor, o mais belo e o mais agradável dos bens, sendo o mais agradável possuir o que amamos, podemos afirmar que só amamos verdadeiramente aquilo que conhecemos e só conhecemos verdadeiramente a partir da experiência. Como qualquer *experiência estética*, também a experiência do Direito, por ser uma realidade histórica e fruto do espírito humano, remete-nos às várias possibilidades de compreensão (FABRIZ, 1999, p.131).

Percebe-se que a multiplicidade de interpretações do Direito, na complexidade das relações sociais, se insere no horizonte estético de compreensão. Um texto jurídico é resultado de um processo que envolve a subjetividade humana, objetividade do mundo concreto e é possível, pela estética, organizar esses dados.

Valorar um texto não é feito de forma abstrata, desconectada. Um texto é avaliado na sua concretude, no seu uso prático. O papel da hermenêutica contemporânea reconhece a importância da compreensão no concreto, no campo da argumentação, da razoabilidade (CAMARGO, 2003, p.8). O Direito é conhecido em sua execução, não em sua abstração.

¹⁶ O texto canônico não é necessariamente um texto codificado. É uma fonte de interpretação, como um texto escrito, um discurso, uma pintura etc.

Uma tentativa de compreender a relação entre linguagem e realidade pode ser vista em Wittgenstein, ao falar dos jogos de linguagem. A compreensão não se dá exclusivamente por padrões linguísticos, mas também por fatores externos, não linguísticos. Compreender uma obra de arte, um texto jurídico, pode exigir mais que apenas domínio da língua. Há, além disso, a importância de compreender o contexto e os conceitos por trás da linguagem utilizada. Uma discussão acerca da liberdade só faz sentido se as partes envolvidas trouxerem para o debate, além da língua comum, uma compreensão do que significa o termo.

Dworkin reconhece a importância da linguagem enquanto atividade na teoria da interpretação, ampliando o conceito de interpretação em si:

Sem dúvida, a hipótese estética é banal em aspectos importantes – tem de ser abstrata para oferecer uma descrição daquilo sobre que discordam uma ampla variedade de teorias – mas talvez não seja tão fraca assim. A consequência dessa hipótese é que as teorias acadêmicas de interpretação deixam de ser vistas como análises da própria ideia de interpretação – como muitas vezes alegam ser – e passam a ser candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação [...] Não há mais uma distinção categórica entre interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como uma avaliação de seu sucesso ou importância (DWORKIN, 2001, p.227).

Se for considerada a interpretação como essa atividade cognitiva e crítica, pode-se equilibrar o que o texto traz como mensagem com uma liberdade interpretativa, no qual nenhum dos dois aspectos apresenta-se como força absoluta. A interpretação e a crítica compõem a mesma atividade hermenêutica:

A interpretação de um texto tenta *mostrá-lo* como a melhor obra de arte que ele pode ser, e o pronome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra. Talvez Shakespeare pudesse ter escrito uma peça melhor com base nas fontes que usou para *Hamlet* e, nessa peça melhor, o herói teria sido um homem de ação mais vigoroso. Não decorre daí, porém, que *Hamlet*, a peça que ele escreveu, seja realmente como essa outra peça (DWORKIN, 2001, p.223).

Numa peça como *Hamlet*, então, há diferentes formas de compreendê-la, mas nem todas terão o mesmo peso ou serão julgadas igualmente adequadas. É um equilíbrio entre os intencionalistas, ou seja, aqueles que buscam unicamente a intenção do autor da obra na sua compreensão, e os relativistas, que julgam que qualquer

sentido dado pelo intérprete tem completo valor. A obra contém, por um lado, a intenção do autor, mas contém, por outro, o potencial de mudança.

3.2.4 A corrente do Direito

As observações sobre interpretação na literatura realiam o papel do crítico e do autor numa obra literária. O autor não pode criar algo sem interpretar enquanto cria, assim como o crítico, ao interpretar, cria uma versão da obra ao atribuir-lhe sentido. Apesar disso, há uma diferença entre o autor e o crítico, entre interpretar enquanto se cria e criar enquanto se interpreta (DWORKIN, 2001, p.235).

Dworkin busca, entretanto, demonstrar como essa distinção pode, em alguns casos, ser derrubada. E para isso utiliza a ideia do romance em cadeia, ou corrente. Essa atividade será usada como modelo central da análise jurídica:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está adicionando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante (DWORKIN, 2001, p.235).

Essa ideia de romance coletivo funciona como um jogo de linguagem, onde qualquer obra será o resultado de uma coautoria. Sendo um jogo coletivo, muitos, mas não necessariamente todos irão participar. Cada qual contribuirá em certa medida, com suas capacidades. Para que esse jogo dê certo, é preciso que a atividade seja levada a sério, ou seja, que cada um dê o melhor de si e respeite as criações alheias: continuidade é um fator definitivo.

A narrativa do sorteado levará em conta as narrativas anteriores, os personagens, o espaço e o tempo proposto inicialmente. Em outras palavras, deve interpretar as narrativas anteriores. Sua criação fará parte de uma história já em andamento.

Para Dworkin, o papel do juiz na interpretação funciona como o jogo acima proposto, no qual o juiz é o autor e intérprete:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente.” (DWORKIN, 2001, p.238).

O sentido do Direito, aqui, ganha dimensão como resultado da narrativa coletiva, com todos os elementos que ela traz. Não há sentido fora de contexto:

Dessarte, o Direito ganha sentido e existência a partir do homem, sendo que a experiência jurídica realiza-se no plano sociocultural, ou seja, no agir intencional do homem na realidade. As experiências jurídicas, no tocante às suas dimensões sensíveis, determinam e são determinadas por processos de mundovisão, desencadeados pelos aspectos da inesgotabilidade da realidade, em seu infinito processo de construção e desconstrução (FABRIZ, 1999, p.138).

Toda a complexidade da interpretação jurídica requer o reconhecimento da possibilidade de erro. Dworkin defende uma postura moral do intérprete, no qual ele deve dar o melhor de si, ainda que não seja capaz de atingir sempre a melhor resposta ou interpretação. Algumas decisões serão falhas, alguns capítulos da história coletiva criada serão desconexos, inadequados, ou não serão o melhor que poderiam ser. Entretanto, o compromisso permanece:

Os juízes detêm uma Filosofia jurídica. Essa Filosofia consiste numa abordagem particular da interpretação jurídica, criando e aperfeiçoando uma teoria política que respeite a integridade e coerência do Direito como instituição. Dessa abordagem dependerá a interpretação em casos concretos (DWORKIN, 2001, p.241).

Toda essa discussão leva Dworkin a concluir que o método de interpretar uma obra de arte como a melhor obra de arte possível pode ser aplicada ao Direito. O Direito deve ser interpretado como o melhor Direito possível. As divergências sempre são possíveis, as ambiguidades estarão presentes, mas a ação coletiva de interpretação e aplicação do Direito, como uma corrente, como um romance em cadeia, permite atingir uma resposta correta dentre tantas possíveis.

Dworkin defende que o papel do juiz é sempre buscar essa resposta correta. Ele não tem liberdade para decidir como quiser em casos difíceis: deve levar em consideração tudo o que veio antes, a criação da obra que é o direito, a qual ele deve interpretar e escrever o próximo capítulo. Sem uma dimensão narrativa, sem compreender os outros personagens, espaço e tempo envolvidos, isso não seria possível. O Direito não é apenas uma experiência pessoal, individual:

O Direito apresenta-se assim como experiência integradora dos elementos: fato, valor e norma. Modo ou expressão de atividade espiritual do homem, no domínio do campo sensorial e empírico, legitimador das experiências individuais e sociais, ligadas às dimensões jurídicas das relações humanas (FABRIZ, 1999, p.128).

Dworkin representa uma modernização da visão limitada do positivismo jurídico, onde a compreensão formal pela via única da validade se mostra inadequada. É necessário o reconhecimento da dimensão moral do Direito, fundada em princípios. Nesse sentido:

[...] quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático contida na lei, ele, ao mesmo tempo que se guia pela lei, pergunta pela base da validade do Direito que, em última instância, é fornecida por princípios morais [...] com a estrutura pós-tradicional da esfera jurídica aguça-se a questão, pois a fundamentação do Direito passa a ser agora uma questão de princípios (MOREIRA, 1999, p.33).

Essa articulação entre validade e justiça, forma e conteúdo, deve ser construída, retoricamente, no campo narrativo.

3.3 A NARRAÇÃO

Para uma adequação técnica, neste capítulo será utilizada a distinção entre a narrativa e o narrativo. A narrativa é uma totalidade, corresponde à finalidade do contar. O narrativo, no masculino, se refere ao modo narrativo. O que vamos contrapor são os modos narrativos e descritivos, em suas especificações. Tecnicamente, a narrativa engloba ambos os modos.

Quando falamos de narrativas, pensamos imediatamente nas artes. Fazemos referências às sagas, aos contos de fadas, às anedotas. Falamos do dom de contar histórias, inspirados pelas musas, guiado pela estética, pelo épico. Mas falamos também de narrativas do dia a dia, do mundano: a narrativa envolve a Odisseia de Homero, onde Odisseu realiza uma viagem cheia de aventuras pelo mundo helênico, ao regressar da Guerra de Tróia, de volta a Ítaca e sua esposa, Penélope. Mas também é uma narrativa a viagem de *Leopold Bloom*, em 16 de junho de 1904, que dura 18 horas, numa série de eventos mundanos, na obra *Ulysses*, de James Joyce.

A narrativa é uma prática que engajamos assim que começamos a contar nossa primeira história. É ligada intrinsecamente às nossas memórias e desejo de comunicação. Próxima à linguagem em si, a narrativa é uma das características que definem o ser humano. É constituinte de nossa identidade, de nossa existência. Como afirma Barthes:

Inumeráveis são as narrativas do mundo. É de início uma variedade prodigiosa de gêneros, eles próprios distribuídos entre substâncias diferentes, como se toda matéria fosse boa para o homem confiar-lhe a sua narrativa: a narrativa pode ter como suporte a linguagem articulada, oral ou escrita, a imagem, fixa ou móvel, o gesto e a mistura ordenada de todas essas substâncias; está presente no mito, na lenda, na fábula, no conto, na novela, na epopeia, na história, na tragédia, no drama, na comédia, na pantomima, no quadro pintado, nos vitrais, nas histórias em quadrinhos, nas notícias de jornal, na conversa. Além disso, sob essas formas quase infinitas, a narrativa está presente em todos os tempos, em todas as sociedades; a narrativa começa com a própria história da humanidade; não há, nunca houve em lugar nenhum povo algum sem narrativa (BARTHES, 2001, p.103).

Há diferentes gêneros na narrativa, mas ela já se encontra presente inclusive em infantes, tão logo comecem a articular verbos. Curiosamente, as primeiras narrativas estão ligadas às primeiras memórias. Esse fato é central no sentido de que um dos principais dons que as narrativas conferem às pessoas é a capacidade de organizar e compreender o tempo. (ABBOTT, 2008, p.3).

A linha do tempo é o maior contraste entre a descontextualização da descrição e o fio narrativo. É na consideração temporal que a ponte entre o narrativo e o Pós-positivismo é traçado. Uma compreensão positivista do Direito, isolada de seu contexto histórico por um corte metodológico dogmático e uma Norma Fundamental que isola a validade de processos históricos se mostra inadequada no campo narrativo do Pós-positivismo. O tempo, sendo um elemento básico narrativo, também se torna indissociável na hermenêutica pós-positivista de Ronald Dworkin.

Se quisermos dar uma definição incipiente ao ato de narrar, podemos dizer que é o relato de uma sequência de acontecimentos. Esses acontecimentos, reais ou imaginários, são ligados por uma trama. Como afirmado por Barthes, é interessante notar que o ato não é necessariamente expresso por um texto, ou mesmo pela fala. As narrativas são ligadas à linguagem num sentido geral, abarcando a linguagem visual (imagens), a gestual, musical e, claro, a verbal.

A palavra narração refere-se a um tipo de texto escrito onde se conta uma história envolvendo personagens que, diante de determinados acontecimentos, agem, reagem, pensam, falam, sentem. É por essa razão que Ronald Dworkin, ao estabelecer a discussão entre alcance do judiciário e competência do legislativo, não apenas descreve normas de competência, mas inclui os personagens, seu contexto:

Quando candidato à presidência dos Estados Unidos, Richard Nixon prometeu que nomearia para a Suprema Corte homens que representassem sua própria Filosofia jurídica, ou seja, que fossem o que ele próprio chamou de "constitucionalistas estritos.

Contudo, as indicações posteriores de Nixon para a Suprema Corte e os pronunciamentos que fez não esclareceram essa Filosofia jurídica. [...] Assim, precisamos ir mais fundo e encontrar uma base teórica para a posição de Nixon (DORKIN, 2002, p.208).

Na narração não basta apenas demonstrar regras gerais e relações lógicas. Deve-se, preferencialmente, mostrar os acontecimentos, de modo que o leitor possa, de certa maneira, ver as coisas acontecendo diante de si, participando, na medida do possível, das situações concretas, junto aos personagens.

É claro que nem tudo é narrado, nem todos os acontecimentos são mostrados em seus pormenores. Uma seleção de fatos é necessária, onde alguns serão resumidos ou cortados. Mas os acontecimentos principais devem ser focados de forma a permitir que o leitor acompanhe as ações, reações, pensamentos e falas dos personagens. (MINCHILLO; CABRAL, 1990, p.6).

Narrar não é apenas um conjunto de descrições de um fato. O que diferencia a narrativa é exatamente o contexto no qual a descrição ocorre. Dito de outra forma, narrar é contar o que se passou com certos seres, num determinado palco (local) e num tempo concreto. Assim, podemos estudar os elementos da narrativa e de que forma a composição mostra-se fundamental na teoria pós-positivista.

3.3.1 Personagens

Normalmente, um acontecimento desperta nosso interesse quando ele envolve (ou representa, por similaridades) seres humanos, de alguma forma. A passagem de uma sequência de acontecimentos para uma narrativa precisa desse elemento fundamental.

Seria quase impossível pensar numa história onde não aparecessem homens, mulheres, crianças ou outros seres que se comportassem à semelhança dos seres humanos. Seria muito sem graça uma história que não apresentasse sentimentos, reações, ideias parecidas com aquelas que nós normalmente temos (MINCHILLO; CABRAL, 1990, p.6).

Ao discutir uma questão de direito processual dos cidadãos em decisões políticas, Dworkin não procede meramente a uma análise interpretativa de comandos jurídicos. A questão só faz sentido quando adicionamos outros elementos à história.

A sexta e última questão que distingi refere-se a se os cidadãos podem ter algum direito processual de participar do que são claramente decisões de política (além de seu direito a participar na eleição do governo que decide essas questões, como todos os cidadãos fazem) porque essas decisões, de alguma maneira, afetam-nos particularmente. Essa questão é levantada, como disse, pela decisão *Bushwell*, na Câmara dos Lordes, sustentando que, embora se exigisse uma audiência relacionada com a decisão do governo de construir uma estrada numa área particular como parte de um programa nacional, essa audiência não necessitava incluir nenhuma pergunta por residentes locais sobre a questão de se eram corretas as suposições gerais do departamento pertinente a respeito do fluxo de tráfego no país. Lorde Diplock, no discurso mais ponderado entre os juizes, disse que se a equidade exige a oportunidade de tais perguntas depende de todas as circunstâncias (DWORKIN, 2001, p.144).

Não há narrativa sem personagens. Ao considerar o Direito como algo a ser compreendido por uma narrativa, é necessário incluir casos concretos, com pessoas que efetivamente viveram e participaram de fenômenos jurídicos. A compreensão normativa não envolve somente a demonstração de normas. Informar sobre os acontecimentos não é suficiente, é necessário, além disso, mostrar o Direito (em sua dimensão normativa e, para Dworkin, não normativa), prender nosso interesse. Isso só é possível a partir do momento em que a história representa algo para alguém: “Uma narração não deve ser um amontoado de fatos; deve ser uma sequência de acontecimentos significativos inter-relacionados” (MINCHILLO; CABRAL, 1990, p.12).

A ideia de personagens não é exclusiva da narrativa, mas o papel difere. Podemos falar no papel narrativo dos atores envolvidos. Aqui, há uma conexão entre o personagem e a trama. Em uma descrição, é perfeitamente possível descrever um personagem, um indivíduo, um grupo, sob um ou mais pontos de vista. Ao falar da narrativa envolvida, entretanto, há que se considerar o personagem no contexto.

Enquanto os actantes dos enunciados linguísticos não se ligam entre si por nenhuma hierarquia – posta à parte a implicação que mantém mais ou menos diretamente pela ação – os actantes narrativos hierarquizam-se sob dois pontos de vista:

- Sob o ponto de vista de sua natureza. Os actantes narrativos de base são actantes humanos (ou considerados como tais), o que tem como consequência limitar o seu número, em relação aos actantes de língua: de uma parte há um actante que age, de outra um actante que sofre a ação, e em torno deles gravitam circunstâncias.

- Sob o ponto de vista de sua importância na trama narrativa da história. Pode-se então distinguir actantes principais e actantes secundários quando a trama é construída em torno de polos de ação (heróis), com actantes satélites (CHARAUDEAU, 2008, p.161).

Dworkin incorpora esse elemento para dar sentido à sua teoria. Ao discutir as exigências do que se denomina devido processo legal nos EUA, ou justiça natural na Grã-Bretanha, o autor trouxe o caso concreto de *Bushell vs. Secretary of the State for the Environment*, os personagens, ou atores, estão em destaque (ENGLAND, 1980).

O caso trata da questão se o departamento do meio ambiente, ao discutir a construção de duas estradas que passariam pela cidade de Birmingham, poderia ou não ignorar o Livro Vermelho, documento que estabelece previsões de tráfego desenvolvidas pelo departamento a nível nacional. Dessa forma, apenas questões locais foram consideradas na decisão. Quem requereu acesso ao Livro Vermelho foram os grupos que se opuseram à construção da estrada, e a falta de acesso ao documento impediu que fossem contestados os números apresentados pelo departamento. A decisão foi a favor da construção das estradas. Ainda sem acesso ao Livro, os grupos de oposição levaram o departamento ao Tribunal de Apelação, e Lorde Deenning argumentou que a falta de acesso ao documento foi uma negação da justiça natural. A câmara dos Lordes, com a opinião dividida, decidiu contrariamente ao posicionamento dos apelantes.

Com base nesse caso concreto, e com a participação demonstrada dos personagens, Dworkin levanta uma série de questões teóricas:

- 1) É coerente, com a proposição de que as pessoas têm direito de não ser condenadas por um crime que não cometeram, negar às pessoas quaisquer direitos, no sentido estrito, a processos que ponham à prova sua inocência?
- 2) Se não, a coerência exige que as pessoas tenham direito aos processos mais precisos possíveis?
- 3) Se não, existe algum meio termo defensável, segundo o qual as pessoas têm alguns direitos processuais, mas não aos processos mais precisos possíveis? Como tais direitos podem ser formulados?
- 4) Nossas conclusões são valias para o Direito civil, assim como para o Direito penal?
- 5) As decisões que os tribunais tomam a respeito do processo, no decorrer de um julgamento, são decisões de política ou de princípio?
- 6) As pessoas têm direitos processuais no que diz respeito a decisões políticas acerca de uma política? (DWORKIN, 2001, p.116)

Aqui nós vemos personagens e instituições que permitem ao leitor da obra efetivamente ver as coisas ocorrendo, “viver” a situação. Vamos da observação neutra e distante da descrição para a participação. A partir dessa experiência compartilhada, os pontos teóricos gerais apresentados em seis pontos fazem muito mais sentido. A narrativa inclui as questões na práxis, na história. Para isso, precisamos levar em conta dois elementos básicos: eventos e personagens. Sem personagens, intenções, não há evento. O caso apresentado só faz sentido quando se compreende os personagens envolvidos, suas intenções de construir ou não a estrada, os votos contra ou favor, baseados em determinadas teorias jurídicas. É indispensável à narrativa, e a Dworkin, a caracterização dos personagens.

Existem dois componentes em cada história: os eventos e as entidades (às vezes chamados de “existentes”) envolvidos nos eventos. De fato, sem entidades, não haveria eventos. Quais são os eventos, mas as ações ou reações das entidades? (Observe que o inverso não é verdadeiro, pois pode haver entidades sem eventos.) Como termo, “entidade” parece fria e abstrata, especialmente quando aplicada a personagens (entidades que agem e reagem mais ou menos como seres humanos). A maioria das histórias envolve personagens. Mesmo quando as histórias são sobre animais ou criaturas extraterrestres ou objetos animados (Ronald, a lâmpada), “personagem” parece o termo apropriado. A capacidade dos personagens de agir com intenção é tão fundamentalmente importante para nossas próprias vidas quanto os seres humanos que existem teóricos (Bal, Doleel, Palmer) que traçariam a linha aqui, limitando a definição de narrativa à representação de eventos envolvendo um ou outro (ABBOT, 2008, p.19, tradução nossa).¹⁷

¹⁷ There are two components to every story: the events and the entities (sometimes referred to as “existents”) involved in the events. Indeed, without entities, there would be no events. What are events but the actions or reactions of entities? (Note that the reverse is not true, since there can be entities

3.3.2 Espaço

O segundo elemento fundamental da narrativa está no espaço, cenário ou palco. Uma trama não ocorre fora de contexto, uma pessoa não existe fora da comunidade, uma norma não existe fora de seu âmbito social e político maior. O espaço é, na verdade, parte integrante do personagem.

Mesmo que não haja uma relação tão marcante, superficialmente, entre espaço e personagem, é um recurso narrativo que permite que as ideias cheguem ao leitor com maior peso e intensidade.

O trecho da apelação jurídica abaixo transcrita traz a narração de um fato, ocorrido em 2005, nas Lojas Americanas, dentro do Shopping Iguatemi, em Maceió. O relato adquire maior solidez com os elementos narrativos, dos quais o espaço é fundamental. A lesividade da ação, a ser considerada pelo magistrado, tem como um dos constituintes a questão da vítima. No caso, a vítima é identificada pelo espaço apresentado (Lojas Americanas, Shopping Iguatemi). Sem esses elementos, o relato ficaria por incompleto, incapaz de permitir a “visão” do ocorrido.

RELATÓRIO

De acordo com a inicial acusatória, no dia 12 de março de 2005, por volta da 19h30, no interior das Lojas Americanas S/A., localizada no Shopping Center Iguatemi, nesta Capital, as denunciadas, conscientes e voluntariamente, em comunhão de desígnios, fazendo-se passar por clientes, subtraíram diversos produtos, consoante consta relacionado no Auto de apresentação e apreensão de fls.o7. Através do circuito interno de filmagem da Loja, os seguranças registraram a conduta suspeita das denunciadas que retiraram produtos das prateleiras e colocavam dentro de uma bolsa de criança e em outra sacola, passando a observa-las, quando ao passarem pelo caixa, as mesmas efetuaram o pagamento apenas de um travesseiros e um conjunto de copos de vidro, saindo da loja na posse tranquila de dezenas de outros produtos, sem pagamento". (sic) À vista disso, o Ministério Público denunciou a Apelante pela prática do crime de Furto Qualificado, tipificado no art. 155, parágrafo 4º, inciso IV, do Código

without events.) As a term, “entity” seems cold and abstract, especially when applied to characters (entities that act and react more or less like human beings). Most stories do involve characters. Even when the stories are about animals or extraterrestrial creatures or animated objects (Ronald the light bulb), “character” seems the appropriate term. The capability of characters to act with intention is so fundamentally important to our own lives as human beings that there are theorists (Bal, Doleel, Palmer) who would draw the line here, limiting the definition of narrative to the representation of events involving one or more characters.

Penal Brasileiro. A denúncia foi recebida em todos os seus termos (fl.mo). Em sede de defesa prévia (fl.126) a defesa da Apelante reservou-se ao direito de apreciar o *meritum ad causa* e quando do oferecimento das alegações finais. Requerendo que o rol de testemunhas seja apresentado posteriormente, em virtude de não ter mantido contato com a Recorrente e nem com seus familiares. Após regular instrução processual, foi prolatada sentença, às fls. 204/208. Absolvendo as réis [...] pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. Irresignada com a decisão do Juiz de Primeiro Grau, a defesa da Apelante interpôs recurso de apelação (f1.215) da sentença absolutória (ALAGOAS, 2011).

3.3.3 Tempo

De todos os efeitos que a narrativa traz, a forma como nos expressamos por esta composição, a principal característica é, possivelmente, a forma como a narrativa nos permite perceber, compreender e organizar a passagem do tempo. A compreensão de um momento histórico longínquo, a duração de um processo, são efeitos de uma composição narrativa. Chega-se a afirmar que a narrativa é a principal forma pela qual nossa espécie organiza a compreensão do tempo (ABBOT, 2008, p.3).

Há, claro, modos não narrativos de medir o tempo, como o Sol e o relógio, mas a narrativa traz uma gama de possibilidades única na forma como lidamos com a cronologia. Os modos não narrativos de medição cronológica medem intervalos regulares (minutos, estações, posição do Sol etc) nos quais encaixamos eventos relevantes. A narrativa, por outro lado, inverte essa lógica, permitindo que os eventos em si criem a ordem cronológica. (ABBOT, 2008, p.4). É possível perceber, em Dworkin, como o tempo narrativo mostra-se fundamental na exposição de argumentos de princípios e argumentos de política.

A teoria de Dworkin, em sua proposta crítica ao positivismo, ataca a visão sistemática do Direito, organizada em torno de uma norma fundamental, como a regra de reconhecimento de Hart ou a norma hipotética fundamental de Kelsen. Sua proposta envolve perceber o Direito não apenas como uma questão e regras, mas também de princípios, que seriam padrões não normativos orientados pela Justiça. O posicionamento é claro:

Concluo que, se tratarmos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema (DWORKIN, 2002, p.70).

A regra de reconhecimento ou norma fundamental é rechaçada uma vez que o Direito não é percebido apenas como uma questão de regras. É impossível, por um critério formal de regra suprema, validar os princípios. O Direito passa a ser compreendido como essa união de regras e princípios, que permite também a reintegração de uma teoria moral de julgamento, tornando inadequada a teoria positivista. Nesse sentido:

[...] uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que a obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. (DWORKIN, 2002, p.71).

A narrativa, e o tempo em especial, tomam uma dimensão importante na apresentação de Dworkin de sua proposta do Direito como uma questão de regras e princípios e, subsequentemente, entre argumentos de princípios no sentido estrito (argumentos que defendem direitos individuais) e argumentos de princípios em sentido amplo, ou de políticas (que defendem ganhos sociais e econômicos para uma comunidade a médio e longo prazo). A discussão principiológica assume uma dimensão de maior importância o quão mais difícil for o caso.

Para sustentar seu argumento, Dworkin utilizou o caso *Spartan Steel & Alloys Ltd. VS. Martin & Co.* A aplicação do tempo na narração se dá pela lógica invertida dos fatos como marcos cronológicos. O tempo cronológico é sempre autorreferente, marcado por segundos, minutos etc, mas o tempo narrativo não opera da mesma forma, ele se refere a eventos, incidentes, sem necessariamente possuir qualquer medida.

No caso apresentado, empregados da empresa Martin, ao construir uma estrada em frente à *Spartan Steel*, uma fábrica de fundição, romperam cabos de energia, deixando as operações completamente paralisadas. A fábrica sofreu graves danos, não apenas pelo tempo em que ficou sem energia, mas seus produtos foram degradados, uma vez que os metais em processo de fundição foram inutilizados.

Dworkin, ao apresentar o caso, não oferece tempo cronológico. Não há um relato da passagem exata de tempo entre o rompimento dos cabos e o dano aos materiais, ou mesmo entre o caso ocorrido e a ação. Esses eventos, por outro lado, são fundamentais para estabelecer a ordem narrativa que permite apresentar o problema do conflito entre princípios e políticas, como exposto:

O tribunal tinha de decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrente de danos à propriedade alheia cometidos por negligência. O tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política (DWORKIN, 2002, p.131).

Essas medições, cronológicas ou por eventos, referem-se ao tempo “duração”, indicando que há uma passagem do tempo, medida por algum parâmetro. Outra distinção importante ao falar do tempo é o entendimento do tempo “época”, no qual busca-se a caracterização dos personagens envolvidos pela indicação do momento histórico dos acontecimentos narrados. Dworkin, ao apresentar alguns casos constitucionais, utiliza esse tempo:

Quando candidato à presidência dos Estados Unidos, Richard Nixon prometeu que nomearia para a Suprema Corte homens que representassem sua própria Filosofia jurídica, ou seja, que fossem o que ele próprio chamou de “construcionistas estritos” (DWORKIN, 2002, p.205).

Uma última relação a ser considerada no tempo narrativo é a questão da organização, da disposição dos eventos narrados. Uma narração parte de um ponto inicial, que adquire complexidade em seu desenvolvimento, até chegar a um destino, a uma situação final. Pode-se considerar, por exemplo, fato A (caso concreto), fato B (processo), fato C (consequências). Os eventos ocorrem em ordem de sucessão.

O texto narrativo pode, assim, mostrar os eventos em sua ordem de acontecimentos. No exemplo acima, seria narrado primeiro a situação ocorrida, depois o processo e, por último, as consequências para as partes envolvidas. Isso é chamado de organização cronológica (MINCHILLO; CABRAL, 1990, p. 54).

Essa organização cronológica é como Dworkin apresenta o caso *Riggs vs. Palmer*. Em primeiro lugar, relata o ocorrido:

Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô como objetivo (DWORKIN, 2002, p.37).

Em seguida, relata os acontecimentos durante o processo, após o homicídio:

O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis regem que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em qualquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” (DWORKIN, 2002, p.37).

Por fim, relata as consequências: “O assassino não recebeu sua herança” (DWORKIN, 2002, p.37).

Muitas vezes, porém, os fatos não são apresentados em ordem cronológica, mas por qualquer outro critério escolhido pelo autor. Técnicas como flashback, no qual se evocam elementos anteriores para explicar um fato presente, ou mesmo a fragmentação cronológica por ordem de importância ou interesse, podem quebrar a sequência de eventos. Dworkin utiliza essa técnica ao falar de liberdade e moralismo:

Não resta nenhuma dúvida de que a maioria dos norte-americanos e ingleses pensa que a homossexualidade, a prostituição e as publicações pornográficas são imorais. Que papel este fato deveria desempenhar na decisão de torná-las criminosas? Esta é uma questão emaranhada, cheia de problemas enraizados em controvérsias filosóficas e sociológicas (DWORKIN, 2002, p. 371).

Após apresentar o contexto presente, Dworkin levanta uma série de questões a respeito das posições sobre o assunto e das dificuldades que cada posicionamento acarreta. Para formular uma resposta, foi necessária uma quebra do tempo cronológico, narrando fatos do passado para o presente ganhar contexto:

Em 1958, lorde Devlin pronunciou a segunda *Maccabean Lecture* (Conferência aos Macabeus) na Academia Britânica. Intitulou-a “A Implementação da Moral” [*The Enforcement of Morals*], e dedicou-a a essas questões de princípio. Ele resumiu suas conclusões nas seguintes observações sobre a prática da homossexualidade:

Em primeiro lugar, devemos nos perguntar se, examinando de uma maneira fria e desapaixonada, consideramos essa prática um vício tão abominável que sua simples presença constitui uma ofensa. Se esse for o sentimento

real da sociedade em que vivemos, não vejo como possa ser negado à sociedade o direito de erradicá-la (DWORKIN, 2002, p.372).

Esse posicionamento foi colocado cuidadosamente como uma situação hipotética, uma vez que o próprio lorde Devlin defendeu a mudança das leis sobre a homossexualidade. De qualquer forma, Dworkin considerou os pontos levantados importantes para uma reflexão presente: “Os juristas norte-americanos deveriam refletir sobre os argumentos de lorde Devlin” (DWORKIN, 2002, p.373).

Percebe-se, então, como a narrativa integra os personagens, o espaço e o tempo, tornando-a uma composição integradora, o que não ocorre nas composições predominantemente descritivas. A composição narrativa é presente e predominante na obra de Dworkin.

4 KELSEN E DWORKIN, DESCRIÇÃO E NARRAÇÃO

Por um lado, o foco descritivo é necessário para o discurso cientificista. As formas de representar a realidade refletem sempre, por meio de novos estilos, necessidades históricas. A descrição, ao nivelar todos os elementos, serve ao propósito da Teoria Pura do Direito. A Ciência do Direito, afinal, cabe apenas conhecer e descrever (KELSEN, 1999, p.77).

Mesmo quando Kelsen lança mão de exemplos para ilustrar sua teoria, são exemplos “purificados”, por assim dizer. São generalizados de forma a não se identificarem com nenhum caso em particular. Ao explicar o conceito de dever, por exemplo, Kelsen utiliza a seguinte imagem: A, confrontado por um gângster e um funcionário de finanças do governo, é ordenado a entregar uma determinada soma em dinheiro. Neste caso, apenas a ordem do funcionário têm validade, pois a exigência recebe sentido objetivo por meio de uma norma que se encontra de acordo com a Constituição (KELSEN, 1999, p.9).

Não há, na Teoria Pura, um esforço em contextualizar, em distinguir e ordenar, como o texto com foco narrativo faz (LUKÁCS, 1965, p.62).

A visão de Dworkin exige outro foco sobre o Direito. A descrição não basta, pois o Direito deve ser compreendido em seu contexto, em sua forma de vida, em sua sequencia narrativa. A concepção do mundo não pode ser fragmentada, há a necessidade de composição, e isso se alcança por meio da boa narrativa (LUKÁCS, 1965, p.80).

Dworkin, para defender um Direito composto não apenas de regras, mas de regras e princípios, de valores morais que influenciam decisões jurídicas principalmente em casos difíceis, lança mão de uma compreensão do Direito como narrativa, demonstrando a necessidade de contextualizar seus conceitos. Por isso temos alusão direta a casos como *Palms vs. Riggs*, *Mapps vs. Ohio* e *Charles River Bridge vs. Warren Bridge* (DWORKIN, 2001).

Sem o escrutínio das regras e princípios aplicados a casos reais, é impossível uma adequada apreensão do Direito. É preciso, então, recorrer à narrativa para expressar esse complexo fenômeno.

O objetivo da breve exposição, como dito acima, é demonstrar que Dworkin enxerga o Direito de uma forma muito diferente de Kelsen. Este é um representante do positivismo; aquele, do Pós-positivismo.

O estilo predominantemente narrativo permite a inclusão de elementos (contexto, valores) necessários ao esforço hermenêutico do Direito. Comparativamente, a narrativa é tão basilar para o Pós-positivismo de Dworkin quanto à descrição o é para Kelsen.

4.1 KELSEN E DWORKIN NA APRESENTAÇÃO DE CASOS

Procede-se com a apresentação de dois teóricos do Direito, Hans Kelsen e Ronald Dworkin, ao relatarem, cada um, dois casos nos quais possam discutir o problema da validade e atribuição de valor no Direito.

O primeiro caso apresentado por Kelsen se dá na apresentação do ato e seu significado jurídico. Quando um ato ocorre na natureza, e pode então ser mensurado, interpretado pelos sentidos, é possível lhe atribuir uma significação, que seria subjetiva. Já a interpretação autêntica, fornecida pelos órgãos jurídicos (a interpretação do Direito) é dada como o sentido objetivo atribuído ao ato (KELSEN, 1999, p.2).

Para exemplificar essa situação, nos é dado o seguinte cenário: uma sociedade secreta, ou seja, regulada por normas internas, mas ignorada pela sociedade em geral, se legitima a regular a conduta de seus iniciados. Um integrante dessa sociedade, por um ato de traição, é “julgado” e condenado à morte, tudo de acordo com as formalidades previstas nas leis escritas de dada ordem.

De um ponto de vista subjetivo, mensurável, os integrantes da ordem podem interpretar seus atos como um julgamento, realizado de acordo com procedimentos específicos e legais, legitimando assim a sentença de condenação à morte não como um crime, um homicídio, mas como uma execução da justiça.

O problema com essa visão está na incompatibilidade dessa interpretação com a ordem jurídica vigente, uma vez que, independentemente da visão dos iniciados, o “julgamento” não seguiu a forma correta, conseqüentemente interpretando as ações dos integrantes como um ato criminoso e afrontoso à lei. Nas palavras de Kelsen:

O indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim (1999, p.3).

No caso apresentado acima, não há uma convergência entre o sentido subjetivo e objetivo do ato, ainda que, observando apenas o aspecto exterior, a execução tenha sido feita de forma indistinguível de uma sentença de morte.

Em segundo lugar Kelsen, ao discutir a legitimação da ordem jurídica, apresenta a distinção clássica entre uma comunidade jurídica e um bando de salteadores. Para compreender exatamente as peculiaridades de uma ordem devidamente jurídica, faz sentido o questionamento do autor em relação ao assunto, pois aqui ele estabelece quais semelhanças e diferenças esses grupos apresentam.

Um bando de salteadores, ao emboscarem um viajante na estrada, na calada da noite, exige, sob a ameaça das espadas, que seja paga uma determinada quantia para prosseguirem, sob a pena de morte em caso de desobediência. Nessa situação, temos uma autoridade fática, uma capacidade de aplicar penas, e uma norma expressa, no sentido de “Não pagar pedágio exigido: pena, morte”.

Aqui, como afirma Kelsen, um indivíduo expressa sua vontade dirigida a outrem que, em seu entendimento, deve realizar determinada ação (a entrega da quantia). A conduta do outro não foi determinada, não ocorreu de fato, não pertence à ordem do ser. A vítima na situação ainda não tomou ação, ele apenas deve, de acordo com a vontade do saltador, agir (KELSEN, 1999).

O que se percebe, no caso do salteador, ao menos em sua intenção, é um ato normativo legítimo: Na medida em que apenas se tome em linha de conta o sentido subjetivo do ato em questão, não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um salteador de estradas e a descrição de um comando de um órgão jurídico. A diferença apenas ganha expressão quando se descreve, não no sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça ao outro. (KELSEN, 1999, p.49).

A questão colocada fica mais clara neste momento, pois ela gira em torno da legitimidade do salteador. Uma vez emitida a ordem, o criminoso a entende como uma norma legítima, que estabelece um dever ser, ou seja, deve ser seguida, sob a pena de punição física, justificada em sua visão.

A resposta só pode ser dada pela distinção kelseniana entre sentido objetivo da norma, sentido subjetivo da norma e Norma Fundamental. Para falar sobre a legitimidade da norma, Kelsen propõe, com objetivo didático, um exemplo fictício e abstrato, caracterizado por sujeitos indefinidos (um bando de salteadores, algumas vítimas), mas em momento algum é dada à situação uma concretude histórica. A explicação não exige mais que isso, apenas exemplifica questões ligadas à interpretação, de modo a esclarecer um conceito igualmente abstrato.

O que Kelsen faz é descrever uma coisa, um exemplo para aplicação de regras gerais sobre o funcionamento do Direito. Não há uma conexão relevante dos salteadores com absolutamente nenhum ponto da Teoria Pura do Direito, no sentido de que poderia ser substituído por qualquer outro exemplo, ou realocado sem dificuldades para qualquer ordenamento; é, afinal, tão somente uma aplicação de um raciocínio dedutivo. O ponto principal a ser tratado é sempre o conceito geral de validade da norma, e jamais a identidade inexistente dos exemplos oferecidos.

Em segundo lugar temos a apresentação de Ronald Dworkin, também como o objetivo de discutir a legitimação do Direito e das decisões jurídicas. Como base, tomaremos a obra “Levando Direitos a Sério”. A distinção entre a proposta teórica dos autores é clara, e muitas vezes diametralmente oposta:

Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos (DWORKIN, 2002. P.12).

Para solidificar seus argumentos, Dworkin começa com a apresentação do caso *Riggs vs. Palmer*, submetido ao tribunal de Nova Iorque em junho de 1889 e resolvido em outubro de 1889.¹⁸

No caso em questão, Francis B. Palmer fez seu último testamento em agosto de 1880, no qual a maior parte da propriedade para seu neto, Elmer E. Palmer. Francis se casou novamente em 1882, com um contrato pré-nupcial garantindo o direito de Elmer a herança. Logo após, entretanto, o avô expressou desejo em mudar seu testamento, reduzindo assim a propriedade transferida a Elmer.

As leis à época, entretanto, afirmavam claramente que um testamento só poderia ser alterado por meio de outro testamento, e não por meio de um desejo expresso vocalmente, ainda que de forma pública. Elmer, então, antes que o ato formal de alteração do testamento pudesse ser concluído, assassinou seu avô por envenenamento, tanto para garantir seu montante como para dispor livremente dos bens herdados. À época, Elmer tinha 16 anos.

Frente ao tribunal, Elmer clama seu direito à herança, uma vez que o testamento válido lhe confere esse direito, independente da vontade expressa do avô, por vias não reconhecidas juridicamente. Poderia então Elmer ter esse direito?

O entendimento foi que, à primeira vista, a intenção do legislador é de que o herdeiro receba o que lhe é devido, tal qual o testamento corretamente produzido na forma da lei. Entretanto, jamais poderia ser a intenção do legislador que um herdeiro que assassinou o testador deva se beneficiar de qualquer forma. Se o caso em questão fosse a ele apresentado, certamente o resultado seria uma revisão na lei.

Elmer, ao final, não recebeu sua herança, sob o argumento, dentre outros, teleológico e principiológico, de que ninguém pode se beneficiar, pela lei, de atos vis.

Este foi, então, o primeiro caso apresentado por Dworkin. Teoricamente já apresenta uma clara distinção teórica acerca da legitimação das decisões jurídicas, ao apresentar um caso no qual a decisão não se justificou na lei, mas na vontade do legislador. Tal decisão, segundo a teoria de Kelsen, seria impensável:

¹⁸ http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm

A “existência” de uma norma positiva, e sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe (KELSEN, 1999, p.11).

O Segundo caso apresentado por Dworkin se denomina *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*¹⁹ Em 1955, o Sr. e Sra. *Henningsen* visitaram uma autorizada da Plymouth, a Bloomfield Motors, no qual foi adquirido um veículo da marca Plymouth, Plaza seis, modelo sedã, em nove de maio de 1955.

O veículo inicialmente demonstrou operação regular, durante o trajeto para casa e duas pequenas viagens subsequentes.

Com as manutenções do veículo em dia, a Sra. *Henningsen*, em 19 de maio, dirigia o carro em direção a *Ashbury Park*, pela Rota 36, a aproximadamente 40 km/h, quando ouviu um som alto do capô, como se algo tivesse se partido. O volante saiu de controle e virou violentamente para a direita, fazendo com o que o carro colidisse contra uma placa e um muro de pedras. Nenhum outro veículo se envolveu no acidente e um motorista de ônibus próximo atestou a versão apresentada.

Henningsen havia comprado o carro por meio de um contrato peculiar. As cláusulas relacionadas a pagamentos e entregas estavam claras, em espaçamento adequado e letras de fonte 12, enquanto as cláusulas de exceção e responsabilidade da autorizada estavam ao fim do contrato e em letras de fonte 6, propositalmente de difícil leitura. No contrato constava a cláusula, ainda que escondida, que limitava a responsabilidade apenas ao conserto do veículo defeituoso, excluindo qualquer dano além do previsto.

Coube então à vítima do acidente pedir reparação perante o tribunal, incluindo suas despesas médicas, uma vez que o veículo claramente apresentou problema de fabricação. O problema é que, pela lei, não havia nada que impedisse o fabricante de insistir na letra do contrato, ainda que construído de forma dúbia. Não obstante, o tribunal deu a causa a *Henningsen*. Alguns dos argumentos:

¹⁹ <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html>

- a) Devemos ter em mente o princípio geral de que, na ausência de fraude, aquele que não lê o contrato antes de assiná-lo não pode, mais tarde, minimizar seus encargos.
- b) Na aplicação desse princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante.
- c) A liberdade de contratar não é uma doutrina tão imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne.
- d) Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Conseqüentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade.
- e) Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente escrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e justiça?
- f) Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma “barganha” na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas de outra (DWORKIN, 2002, p.39).

Em ambos os casos introdutórios apresentados por Dworkin, há a prevalência de um sentimento de justiça a uma mera aplicação do sentido objetivo do ato, como defende Kelsen. Mas a diferença é mais fundamental, está no campo da linguagem utilizada, no substrato que permite a Kelsen ver o Direito de uma forma e Dworkin, de outra. Diferente de Kelsen, que utiliza casos abstratos, na obra de Dworkin está presente a concretude. Sua análise parte de situações que fazem parte da história do direito, e não de abstrações que exemplificam uma possibilidade. Em Dworkin há nomes, há citações, documentos, cenário. Tudo isso não é aleatório, não é mera liberalidade. É nessa diferença, tão importante, que a presente pesquisa se desenvolve: a descrição em Kelsen e a narração em Dworkin.

5 DEVERES FUNDAMENTAIS E COMUNITARISMO

A narrativa, sendo necessária na compreensão de uma visão pós-positivista do Direito, é o meio adequado para compreender os Direitos e Deveres Fundamentais, uma vez que, como bases do nosso ordenamento só podem ser realmente investigadas compreendendo as narrativas envolvidas, as dinâmicas que constroem seu sentido.

É tema comum ao ser humano a busca por Direitos. A expressão “tenho meus direitos!”, muitas vezes expressa de forma enfática, reflete a concepção de que, frente ao Estado e outros cidadãos, eu tenho uma esfera inabalável de direitos, nos quais ninguém pode tocar.

Esse pensamento está de acordo com os fundamentos do Liberalismo, segundo o qual a concepção de identidade parte do indivíduo para só então considerar o coletivo. O sujeito, capaz de afirmar sua individualidade por meio do uso da razão individual (*cogito, ergo sum*), pode por si fundamentar sua própria moralidade, independente de fatores externos como experiências pessoais e influência da comunidade em que foi criado.

Essa concepção filosófica do Liberalismo, unida à percepção moderna de uma pluralidade de valores, é compatível com uma visão ética que tende ao formalismo e ao distanciamento da história. É assim que Kant, por exemplo, defende a criação de uma ética universal baseada na razão individual, sem interferência da experiência. Essa concepção se adéqua à adoção de um texto principalmente descritivo.

O individualismo, a noção de que os Direitos podem ser estabelecidos fora de um contexto histórico e social, é o ponto que será combativo no presente estudo. Buscar-se-á, na base do pensamento comunitarista, uma construção de Direitos que sejam reflexos de Deveres, de um compromisso socialmente inclusivo que só se constrói na vida política, em comunidade. Essa construção só é possível no âmbito narrativo.

A justiça é uma virtude ética que contém em si todas as virtudes de uma comunidade. Como toda virtude, ela deve ser um equilíbrio entre um excesso e uma falta. O vício se constitui tanto no excesso de uma ação (a prodigalidade, por exemplo) como na falta (a mesquinhez). No meio-termo, no equilíbrio, encontra-se o virtuoso (o generoso).

De forma geral, a ação justa requer a voluntariedade da parte. Por livre deliberação, ela opta por um caminho de ação justo e equilibrado: "uma pessoa age injustamente ou justamente sempre que pratica tais atos voluntariamente." (ARISTÓTELES, 2003, p.207).

Por fim, nesta breve exposição, será considerada a equidade em Aristóteles. O conceito não deriva de uma igualdade propriamente dita, mas de uma legalidade. A equidade é a capacidade, o juízo, capaz de adequar a lei ao caso concreto. É sabido que as leis gerais nem sempre são adequadas para aplicação em casos específicos. Nenhum legislador pode prever o futuro, e a própria linguagem contém limites em sua capacidade de construção de sentido.

Como paradigmas de Justiça que influenciaram as sociedades modernas ocidentais, temos duas vertentes que se destacam em seus posicionamentos por vezes diametralmente opostos: o Comunitarismo e o Liberalismo.

Sob uma ótica comunitarista, o próprio Estado pode encorajar concepções bem mais amplas que meros projetos de vida individuais, e desencorajar aqueles projetos que se mostrem nocivos à harmonia coletiva. Nesse contexto são trabalhados, no comunitarismo, o horizonte de responsabilidade e Dever.

As bases do comunitarismo de MacIntyre podem ser remetidas a Aristóteles, para quem o homem, como gênero humano, vive em comunidade por um motivo, a saber: a necessidade de buscar nela o seu centro referencial de valores. Desse centro de valores o homem aprenderia o que é ter um comportamento ético e, mais que isso, teria como praticar a ética e as virtudes ali aprendidas. Não há virtude sem prática, são conceitos indissociáveis. E o local apropriado para a prática das virtudes é sempre a comunidade. É apenas na comunidade que o homem se forma enquanto homem. (ARISTÓTELES, 2003).

MacIntyre vai seguir as mesmas linhas de raciocínio de Aristóteles, e formar um pensamento de que as pessoas não podem fundar sua identidade em abstrato, em um processo não histórico. Utilizando os conceitos de narração, o objetivo é inserir o ser humano na história. A própria existência é alteridade. Tal concepção não pode ser alcançada por uma construção predominantemente descritiva, uma vez que o distanciamento do contexto histórico seria um impedimento à construção de sentido.

Aqui percebemos como o ser humano é produto de um processo que antecede sua racionalidade pura. Ele é parte de um contexto, de um cenário, que divide com outros personagens de uma narrativa. Consequentemente, as ações de uma pessoa influenciam, obrigatoriamente, aqueles em volta: “cada um dos nossos dramas aplica restrições aos outros, tornando o todo diferente da parte”. (MACINTYRE, 2001, P.359).

É na impossibilidade do ser humano de se desligar de seu passado, de fazer sentido de uma vida isoladamente, que será estudado o conceito de Dever. O conceito de dever, entretanto, exige uma compreensão narrativa, pois apenas considerando uma trama narrativa podemos falar de Justiça. Os Deveres Fundamentais, por sua vez, trazem a ideia dos deveres para o ordenamento pátrio, exigindo, pela sua dimensão política, igualmente uma compreensão narrativa. O fato de que o comunitarismo exige uma história anterior, pois filosoficamente a comunidade precede o sujeito, faz com que a composição narrativa seja a única adequada.

5.1 ARISTÓTELES E A VIRTUDE HUMANA

A Justiça é tema central da ética aristotélica, que reconhece as dificuldades em estabelecer seu significado no uso da linguagem. Para discutir Justiça e, posteriormente, o Dever, faremos uma análise das virtudes éticas e da concepção de finalidade do homem. Sendo as virtudes um conjunto de valores que requerem a alteridade, aqui também, em sua compreensão, faz-se necessária a dimensão narrativa, uma vez que torna possível compreender a construção de valores em uma sociedade, dentro de seu contexto.

O filósofo grego, ao tratar de justiça, a inclui dentro da teoria das virtudes éticas, ou seja, aquelas virtudes que buscam tornar o homem excelente na vida em comunidade. Para Aristóteles, tudo na natureza tem uma finalidade. Essa característica teleológica pode ser notada em suas palavras: “Toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, e não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem” (ARISTÓTELES, 2003, p.17). Como não poderia deixar de ser, o ser humano, como parte da *physis*, também tem sua finalidade, a felicidade. Sobre o conceito da *Physis*, é um dos termos centrais do pensamento antigo:

É muito difícil traduzi-lo, porque nas línguas modernas não existe um correspondente que cubra toda a originalidade de sua área semântica. “Natureza” é o termo menos inadequado, sobretudo se desvincularmos de concepções científicas reducionistas (REALE, 2001, p.200).

A felicidade (*eudaimonia*), entretanto, não é ligada apenas a prazeres. Ser feliz não é o mesmo que afastar da vida todas as dores e sofrimentos, mas atingir o potencial que todos temos de desenvolvimento. Considerando que Aristóteles analisa a alma humana como tripartite (com significado diverso da concepção cristã), dividindo-a em suas partes nutritiva (vegetativa), sensitiva e intelectual (racional), retiramos importantes conclusões:

Em primeiro lugar, desenvolver todo o potencial da alma não é uma questão meramente contemplativa e racional. A parte sensitiva da alma, que governa os movimentos e desejos, faz parte do ser humano e deve receber devida atenção. Aristóteles não é um asceta, e reconhece nos prazeres e na riqueza parte do caminho para a felicidade: “a felicidade necessita dos bens exteriores, pois é impossível, ou pelo menos não é fácil, praticar ações nobres sem os devidos meios” (ARISTÓTELES, 2003, p.30).

Em segundo lugar, o que faz do homem uma criatura única na natureza é a parte racional da alma. Sua capacidade, além de aprender, de valorar seu aprendizado. Ora, se a racionalidade é o que diferencia o ser humano, faz sentido que ele deva desenvolver a parte racional da alma com afinco. Apesar de não devermos abandonar os outros aspectos da alma, é aqui que devemos dar maior atenção.

Função própria do homem é uma certa espécie de vida, e esta é constituída por uma atividade ou por ações da alma que implicam um princípio racional,

e que a função de um bom homem é uma boa e nobre realização das mesmas [...] o bem do homem vem a ser a atividade da alma em consonância com a virtude e, se há mais de uma virtude, em consonância com a melhor e mais completa entre elas (ARISTÓTELES, 2003, p.27).

Concluindo, o ser humano, para se formar enquanto ser humano deve, obrigatoriamente, desenvolver sua racionalidade, o que significa aprimorar seus conhecimentos e virtudes éticas.

Se as coisas têm um bem que lhes é própria, o bem do homem se encontra justamente nesse aprimoramento, nessa completude. Não apenas da alma, mas principalmente dela, deve se ocupar o homem que busca a *eudaimonia*. Necessário agora avaliar como se alcança essa felicidade.

Uma característica central das virtudes éticas está no fato de sua origem e desenvolvimento. Elas não são meras faculdades inatas ao ser humano, mas o resultado de um "hábito", de uma práxis. Para adquirir uma virtude, a pessoa precisa aprender e praticar. É praticando atos de justiça que uma pessoa se torna justa, praticando atos de moderação que uma pessoa se torna moderada (ARISTÓTELES, 1973, p.137). Não há virtude sem prática. No mundo de hoje, é possível perceber que algumas pessoas defendem uma separação entre a virtude e a ação virtuosa. Isso justificaria, por exemplo, a afirmação de que uma pessoa é virtuosa, digamos generosa, por conhecer a generosidade, sem ter praticado um ato de generosidade sequer, durante sua vida. As expressões populares de que uma pessoa "é boa no fundo", a despeito do que dizem suas ações, são absolutamente vazias segundo o pensamento aristotélico. Como próximo passo, necessário avaliar as condições para desenvolvimento do ser humano e seu caminho para a felicidade.

5.2 O ANIMAL POLÍTICO, AS VIRTUDES E O DEVER

As Virtudes são reflexos de nosso comportamento, como acima demonstrado. Isso significa que agimos de acordo com os valores que a comunidade considera bons. Sendo as virtudes uma questão de aprendizado, preciso aprender o que é o bem

para, internalizando, praticá-lo. A questão que se apresenta é: onde podemos aprender a praticar o bem?

Se o bem envolve o aprendizado de realizar as boas ações enquanto se abstém das más, a melhor forma para regular a boa conduta do cidadão são as leis de uma comunidade. Ao seguir as boas leis, como por exemplo, a lei que obriga as partes a cumprirem as cláusulas contratuais, promove-se a virtude da honestidade, da responsabilidade.

A consequência se dá na necessidade da comunidade para a formação da pessoa humana. O ser humano não se cria, não se fundamenta, com base unicamente em sua razão pura, livre da experiência. Pelo contrário, a experiência política, histórica, é parte fundamental na construção do ser humano completo. É apenas na vida política que o homem se forma. Esse é o real sentido da afirmação de que o homem é um animal político. Muito mais do que um desejo de companhia ou utilitarismo, é um requisito de formação ontológica do indivíduo. Sob um ponto de vista filosófico, a comunidade precede o sujeito. Essa experiência é construída na narração, uma vez que os hábitos, as práticas sociais, são inevitavelmente histórias alheias:

Por conseguinte, é de se presumir que devemos começar pelas coisas que são conhecidas a nós. Por essa razão, quem quiser ouvir com proveito as exposições sobre o que é nobre e justo, e em geral sobre a ciência política, é preciso ter sido educado nos bons hábitos (ARISTÓTELES, 2003, p.20).

E assim estabelecemos que a comunidade, enquanto formadora do homem, é indispensável na construção da identidade, uma vez que ela fornece os valores e tradições, assim como as oportunidades para que a pessoa atinja sua finalidade, se desenvolva.

5.2.1 As Virtudes e o equilíbrio

Para Aristóteles a alma das pessoas abriga três espécies distintas de coisas, restando saber qual dessas coisas se identifica com as Virtudes. Essas três coisas são as paixões, faculdades e disposições.

As paixões indicam os sentimentos, os impulsos que temos que nos levam aos prazeres e nos afastam dos sofrimentos. O desejo é um impulso que nos leva ao que esperamos ser prazeroso, enquanto o medo nos afasta daquilo que tememos ser sofrível.

As faculdades envolvem as capacidades que temos. Só sente coragem aquele que é capaz dessa paixão, assim como só sente alegria aquele que possui capacidade de leveza. São duas instâncias diferentes, uma vez que não é porque alguém é capaz de sentir alegria que está alegre todo o tempo. A faculdade, então, é a capacidade que temos de sentir as paixões, ainda que não naquele momento.

As disposições são as coisas em razão das quais nossa posição em relação às paixões é boa ou má (ARISTÓTELES, 2003, p.46). São como medidas de intensidade: podemos sentir generosidade de forma acentuada, fraca ou moderada. As virtudes se encaixam nas disposições, uma vez que são modos de escolhas pelas quais somos julgados bons ou maus. E não escolhemos sentir paixões, nem somos julgados bons pela mera capacidade de senti-las.

Uma vez estabelecido que as Virtudes sejam disposições, resta saber de qual espécie. As Virtudes levam as coisas à excelência, e o faz de duas formas distintas. Em primeiro lugar, põe a coisa que torna excelente em boas condições; em segundo lugar, faz com que a função desempenhada seja boa. A excelência do jurista permite não apenas que ele desempenhe bem sua função, mas que ele próprio seja excelente.²⁰

A conclusão natural é que a excelência é atingida pela Virtude, então devemos obtê-la na maior medida possível. Segundo Aristóteles, entretanto, esse pensamento está distante do ideal, e incorre em erro fundamental. Do outro lado da Virtude estão os vícios, que devem ser evitados a qualquer custo por uma pessoa racional que busca o bem. Naturalmente, temos consciência de que a falta de Virtude é um vício. Não é difícil, afinal, retirar daí inúmeros exemplos: a falta de coragem indica a covardia, a falta de generosidade indica a avareza etc. Essa linha de raciocínio não está errada, apenas incompleta.

²⁰ Essa característica bifronte da excelência será fundamental para que MacIntyre, mais tarde, estabeleça uma crítica em relação à fragmentação moderna das virtudes, como meras práticas eficientes.

Os vícios também ocorrem por um excesso de Virtude. Podemos considerar que a falta de coragem leva a covardia, mas devemos considerar que o excesso faz o temerário, aquele que não sabe medir o perigo e desperdiça sua vida. Outra situação é o excesso de generosidade que faz com que a pessoa dilapide seus bens sem capacidade de repô-los, configurando o pródigo. Como se percebe, o vício se encontra tanto no excesso como na falta.

[...] e, além disso, a virtude, do mesmo modo que a natureza, é mais exata e melhor que qualquer arte, segue-se que a virtude deve ter a qualidade do meio-termo. Falo da virtude moral, pois é ela que se relaciona com as paixões e ações, e nestas existe o excesso, carência e um meio-termo (ARISTÓTELES, 2003, p.48).

A Virtude se encontra no meio-termo, afinal. Entre o excesso e a falta, medida por uma razão capaz de controlar os impulsos, a virtude é a disposição de caráter que regula nosso comportamento na justa medida.

[...] existe excesso, carência e um meio termo no que diz respeito às ações. Ora, a virtude relaciona-se com paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, tanto quanto a carência, enquanto o meio-termo é uma forma de acerto digna de louvor; estar certa e ser louvada são características da virtude. Por conseguinte, a virtude é uma espécie de mediania, já que, como vimos, o seu alvo é o meio termo (ARISTÓTELES, 2003, p.48).

Assim estabelecemos a medida das Virtudes, que será utilizada, inclusive, na maior delas, a Justiça, conteúdo do Dever.

5.3. A JUSTIÇA

Seguindo a teoria da Virtude de Aristóteles, a Justiça deve se enquadrar nas conclusões acima discutidas. Assim, a Justiça é uma disposição de caráter, voltada não apenas para o conhecimento, mas também para a ação. É necessário praticar atos de Justiça para se tornar uma pessoa justa; Deve, ainda, a Justiça, ser um meio-termo. Cabe investigar com mais afinco essas linhas gerais. A importância da Justiça frente às outras Virtudes deriva do fato de que ela contém todas as outras Virtudes, é o exercício pleno da Virtude completa.

A primeira e maior dificuldade em compreender a Justiça está na ambiguidade da linguagem. Utilizamos Justiça para diversas situações (ou mesmo lugares, quando afirmamos que alguém está na Justiça e chegará atrasado, por exemplo). Mesmo dentro de um contexto comum, não é tarefa simples estabelecer uma comunicação clara entre duas partes, num mesmo litígio, clamando por uma decisão justa.

Uma primeira concepção geral de Justiça deve ser partilhada por todos, e deve levar as pessoas a cometerem boas ações, assim como evitarem ações más. Esses valores compartilhados são fornecidos pela própria comunidade, na forma das leis. As leis obrigam as pessoas a fazer aquilo que é considerado bom, e proíbe as ações indesejáveis do cidadão. Como conclusão, justo é aquele que segue a lei, injusto o que a desobedece. Há aqui uma identidade absoluta entre Justiça e lei. É a dimensão justa do cumprimento das leis.

O justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita as leis e é probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo [...] Desse modo, como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme à lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a lei, e dizemos que cada um deles é justo (ARISTÓTELES, 2003, p.104).

Na concepção do filósofo, as leis são naturalmente criadas em nome do bem comum (não de um, de poucos ou de muitos, mas de todos). Essa compreensão é fundamental para contextualizar a visão geral de Justiça.

A Justiça pode ser compreendida, também, em sentido particular. Enquanto o sentido geral traduz uma ideia de legalidade, a particular indica igualdade. Pode, ainda, a Justiça particular se dividir em duas partes.

A primeira, chamada de corretiva, indica as transações, voluntárias ou não, entre pessoas. Nessa acepção, o que torna uma determinada transação justa (ou injusta) é o resultado de um cálculo patrimonial, aferindo o patrimônio das partes antes e após a transação. A esse cálculo patrimonial é dado o nome de proporção aritmética. Não é relevante, aqui, a identidade das partes envolvidas, mas tão somente a equivalência. O desequilíbrio constatado após uma transação é uma injustiça que demanda correção.

Um exemplo simples é a compra e venda de um imóvel. A transação será considerada justa se, retirando o patrimônio do vendedor, compensar com dinheiro. A injustiça corretiva ocorre quando se toma mais ou menos que o devido. Novamente, está no meio termo a Justiça, entre uma perda e um ganho. Caso uma transação se mantenha injusta, cabe ao juiz corrigi-la.

A outra acepção de Justiça particular envolve a distribuição de coisas por aqueles ligados ao governo. Essa é a Justiça Distributiva, e visa avaliar, numa distribuição, se foi feita corretamente. Diferente da análise anterior, a identidade das partes é crucial na deliberação, uma vez que o critério se baseia no mérito individual. É uma Justiça que existe na lógica da desigualdade aritmética, uma vez que as partes não têm o mesmo valor. Quando se distribui dinheiro, honrarias ou cargos, essa distribuição não pode ser indiscriminada, baseada apenas no número de pessoas.

Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido [...] o justo é o proporcional (ARISTÓTELES, 2003, P.109).

A igualdade aqui é proporcional ao mérito da pessoa. Numa distribuição de honrarias, uma pessoa que valesse o dobro da outra (por um critério particular qualquer, digamos pontualidade), deveria receber o dobro. Apesar de a distribuição ser desigual, aritmeticamente, é proporcionalmente equivalente, satisfazendo o critério de Justiça. Há injustiça tanto em receber mais do se deve, como em não ter seu mérito reconhecido.

Dentro dos critérios particulares, das trocas de forma mais específica, é necessária uma forma de estabelecer um meio-termo entre coisas transacionadas. Não só as pessoas, mas coisas diferentes têm valores diversos. Uma transação entre um médico e um advogado, uma troca de veículos por sapatos, todas essas desigualdades precisam encontrar um ponto comum como pré-requisito em qualquer dimensão das Justanças particulares. Em resumo, todos os objetos de troca devem ser mensuráveis, e isso é possível por meio do dinheiro, que converte todos os objetos de troca em números, possibilitando a equiparação. “Dessa forma, agindo o dinheiro como uma medida, ele torna os bens comensuráveis e os equipara entre si” (ARISTÓTELES, 2003, p.114). Torna-se possível, por conseguinte, que o sapateiro e o vendedor de veículos possam realizar uma troca justa, de acordo com o valor

dos bens e serviços. O dinheiro, como instrumento de Justiça, não é um conceito que exista na natureza. O seu real significado só pode ser estabelecido por leis, que agrega ao papel moeda, ou a qualquer outro suporte, seu valor econômico específico.

Já estabelecemos como medir as transações e a diferença entre Justiça particular e geral. Entretanto, devemos investigar se a Justiça pode ocorrer em qualquer situação ou se há pré-requisitos para que se possa chamar uma transação como justa. Partindo do exemplo de um contrato de compra e venda entre um comprador advogado e um vendedor comerciante, tendo por objeto um veículo automotivo, sabemos que a transação será justa com base unicamente na análise do patrimônio de ambas as partes antes e após a transação. Essa transação é possibilitada pela existência do dinheiro, e não é relevante a identidade das partes, exceto se dita identidade for constituinte da transação (digamos, o advogado pague em consultoria, que pode ser economicamente mensurável). É o dinheiro que vai mensurar o valor do automóvel e do trabalho do advogado (em consultoria ou previamente acumulado), possibilitando o cálculo que vai aferir de há igualdade patrimonial antes e após o ato.

O caso acima já pode ser identificado como Justiça particular corretiva, mas para que essa transação exista, não bastam os elementos expostos. Necessário, além disso, que haja uma igualdade mínima entre as partes, que possibilite qualquer relação de Justiça.

Já mostramos anteriormente a relação entre a reciprocidade e a justiça, mas não devemos esquecer que o que estamos buscando não é apenas o que é justo incondicionalmente, mas também a justiça política. Essa última é encontrada entre pessoas que vivem em comum visando à auto-suficiência, homens que são livres e iguais, seja proporcionalmente, seja aritmeticamente; e entre os que não preenchem esta condição não existe justiça política, mas justiça em sentido geral e por analogia.

Efetivamente, a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas por lei., e a lei existe para homens cujas relações mútuas são regidas por lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto (ARISTÓTELES, 2003, p.116).

É uma condição de justiça que exista uma igualdade mínima, estabelecida por lei, entre as partes, para qualquer tipo de Justiça que foi discutida. Ora, se o conceito geral/universal de Justiça é de legalidade, como se estabeleceria o comportamento

de um homem fora das leis, se ele não faz parte daquele sistema? Entre um cidadão e um estrangeiro não há Justiça a não ser que existam leis que os coloquem em um mínimo patamar de igualdade legal, como tratados. Justiça e injustiça se relacionam, necessariamente, com a lei. Essa é a questão da Justiça política. Ela exige essa igualdade, e é condição para a existência de qualquer outra.

A relação entre Justiça e a lei não é sempre de identidade, entretanto, no sentido de que nem sempre a lei é o instrumento adequado para construir Justiça. A norma geral não possui capacidade para regular todos os casos futuros concretos. O legislador não pode prever o futuro, é humano e limitado em suas capacidades. Por essa razão, o uso da equidade se torna fundamental para que, aplicando a lei, não de crie uma injustiça.

O equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior a justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade (ARISTÓTELES, 2003, p.125).

A equidade, então se apresenta como um juízo, a capacidade do juiz de dobrar a lei para que ela se adeque ao caso concreto; uma correção da justiça legal. A discrepância entre normas gerais e casos particulares sempre vai existir. Diferente do que prega o positivismo jurídico, a aplicação formal das regras apenas, guiadas apenas pela validade, não é um caminho que leve a solução. Como consequência, a aplicação da equidade requer uma compreensão não apenas da lei, mas do contexto no qual ela será aplicada. Não há equidade descritiva, apenas narrativa, pois não há equidade sem contexto, sem compreensão dos personagens envolvidos, do espaço onde ocorreu o caso ou do tempo.

Percebe-se que a Justiça de Aristóteles tem base legal, se funda nas virtudes e admite o uso de um juízo de valor capaz de adequar a norma geral ao caso concreto. Agora mostraremos como oferecer um padrão adequado de Virtude e equidade, com base no pensamento de MacIntyre.

5.4. MACINTYRE, A NARRAÇÃO E A SOLIDARIEDADE

MacIntyre, filósofo escocês, traz em suas obras uma grande influência aristotélica, principalmente no que tange as teorias da virtude. A proposta do autor é que as Virtudes não são situacionais, mas devem ser consideradas na vida humana como um todo, e aqui se encontra a dificuldade e impossibilidade de compreendê-las sob uma perspectiva descritiva.

Existem grandes entraves, sociais e filosóficos, que nos impedem de considerar nossa vida como uma unidade, como uma única narrativa. Socialmente, é característica da modernidade, fragmentar a existência. As pessoas compartimentalizam suas existências em fragmentos intransponíveis: o ambiente do trabalho, familiar, dos amigos etc. Essa segmentação afasta o pai do empresário, o atleta do amigo, e faz com que as partes sejam vistas como um todo. De um ponto de vista filosófico, temos as dificuldades geradas pela Filosofia analítica, que segmenta tudo até seus elementos para uma análise que, se profunda, demasiadamente recortada; do outro, o existencialismo e o solipsismo. Invariavelmente, a percepção de que nossa vida deriva de um todo maior nos escapa, se torna algo invisível (MACINTYRE, 2012, p.344).

Em relação à Filosofia analítica, é um movimento que define um estilo de fazer Filosofia, intrinsecamente ligada ao positivismo lógico, que se instaura como um método de fazer Filosofia. É uma corrente de pensamento incompatível com a análise narrativa e contextualizada proposta pelo Pós-positivismo e o Pensamento de Dworkin e, conseqüentemente, também incompatível com uma compreensão narrativa dos Deveres Fundamentais. Nesse sentido:

A Filosofia analítica contemporânea, na medida em que define sua tarefa como a análise dos conceitos, visando desse modo elucidar os problemas filosóficos, tem demonstrado muito pouco interesse pela formação histórica da tradição filosófica. A análise do conceito como parte da tentativa de solução de um problema filosófico não depende de uma compreensão da história do conceito, de suas origens e evolução, mas sim, na concepção tipicamente analítica, apenas da determinação da definição desse conceito de forma mais clara e precisa possível (MARCONDES, 2004, p.9).

A crítica de MacIntyre mostra como a Filosofia analítica é incompatível com a composição narrativa na medida em que exclui exatamente os elementos essenciais da narração, como o espaço e o tempo. Sem essa compreensão não há, segundo MacIntyre, a possibilidade de estabelecer uma identidade inteligível, deixando para o método analítico apenas um discurso descritivo que busca precisão objetiva.

Contra, então, a fragmentação moderna das virtudes e do conceito de justiça, é preciso resgatar, por meio da narrativa, a unidade da vida humana. Quando os elementos da narração são ignorados, os atos passam a casos isolados, que se esvaziam de sentido por não existir um contexto maior. Para a construção de uma teoria moral sólida, capaz de sustentar uma teoria dos Deveres Fundamentais, é preciso compreender as virtudes nesse contexto narrativo, unificado:

[...] torna-se necessário dizer algo a respeito do conceito concomitante de identidade, o conceito de um eu cuja unidade reside na unidade de uma narrativa que une o nascimento à vida e à morte em forma de narrativa com começo, meio e fim (MACINTYRE, 2012, p.345).

Na linha de Aristóteles, MacIntyre defende que as Virtudes não são disposições situacionais, não existem para produzir sucesso em apenas uma área da vida. Acabamos confundindo técnicas eficazes de comportamento com virtudes; um bom advogado não é apenas alguém que ganha causas, mas alguém inserido em um contexto social maior, com um papel a cumprir.

As Virtudes, por outro lado, apenas são inteligíveis como característica de uma vida unitária. Uma pessoa não é honesta em algumas situações e desonesta em outras. A honestidade exige uma coerência na vida do indivíduo, que não admite fragmentação. Compreender envolve então, todos os elementos próprios da narração: cenário, palco, atores.

Sem contexto, as ações humanas são ininteligíveis. O exemplo usado pelo autor, de um senhor cuidando de plantas no jardim, é emblemático: sem contexto, ele pode estar tomando sol, fazendo exercício, tentando agradar a esposa, fugindo da alergia a gatos etc. O cenário e as intenções, de curto e longo prazo, precisam ser compreendidos para dar àquele ato, sentido. Isso significa que a mera descrição do fato não é suficiente para compreender realmente uma situação concreta. É possível descrever um furto, por exemplo, mas sem as circunstâncias, não há um sentido

pleno. Partindo do exemplo de furto de água mediante fraude de hidrômetro, vários sentidos podem ser atribuídos à conduta: o furto por desemprego pode ser avaliado de forma diferente que um furto com objetivo de sobrar dinheiro para jogos de azar. Sem esses elementos, apenas com a descrição do fato, há apenas a norma penal e o fato isolado. O Direito, entretanto, exige mais:

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FURTO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO PELO SENTENCIANTE – FRAUDE NO HIDRÔMETRO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO PENAL NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE PUNIR DO ESTADO – NÃO PROVIMENTO, CONTRA O PARECER. A despeito da reprovabilidade da conduta e sua tipicidade formal – furto de água mediante fraude no hidrômetro – deve ser mantida a sentença absolutória no caso concreto pela aplicação do princípio da insignificância, dadas as peculiaridades e circunstâncias do fato. Sendo o postulado da insignificância correlato/decorrente dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, a situação será melhor solucionada no âmbito civil/administrativo, tanto que foi disponibilizado ao acusado o parcelamento do débito perante a empresa vítima, a quem interessa tão somente o recebimento do valor, e, não havendo o pagamento acertado, pode a credora lançar mão de outros mecanismos para a satisfação de seu crédito, como, por exemplo, a ação de cobrança, o lançamento do nome do devedor em cadastros de inadimplentes etc (MATO GROSSO DO SUL, 2019).

Ao fazer menção às peculiaridades e circunstâncias do caso, o relator estabelece a necessidade de considerar os fatos como parte de um contexto maior. As circunstâncias nada mais são que o contexto, que apenas a narrativa pode oferecer. É a narração que torna possível compreender as intenções envolvendo o caso concreto e a possibilidade de chegar a uma decisão mais justa. Uma pessoa realiza um ato devido não apenas em seus agentes externos, imediatamente perceptíveis, mas no contexto em que ele ocorre. O estado de necessidade, a legítima defesa são atos que dependem do cenário para dar inteligibilidade ao ato, e para aferir responsabilidade. Sem essa compreensão, não somos capazes de compreender a dimensão do ocorrido, gerando uma grande frustração:

Não podemos caracterizar o comportamento independentemente das intenções, e não podemos caracterizar as intenções independentemente dos cenários que tornam essas intenções inteligíveis, tanto para os próprios agentes quanto para outras pessoas (MACINTYRE, 2002, p.347).

Essa totalidade, possibilitada pela narrativa, mostra-se imprescindível no âmbito constitucional dos Direitos e Deveres constitucionais. A relação entre a parte e o todo não pode ser olvidada, sob pena de, ao segmentar o Direito, perder-se a visão

do todo. É nesse sentido que José Luis Quadros de Magalhães afirma que podemos perder mesmo o sentido do que é, afinal, o crime:

Portanto: quem diz o que é crime? Quem tem poder para dizer. Quem diz o que é normal? Quem tem poder para dizer. Porque os conceitos não mudam? Por que não interessa a quem exerce o poder. Simples assim? O caminho para enxergar isto não é simples, uma vez que estamos inseridos em um mundo conceitual altamente ideologizado, e uma arrogante ciência fragmentada e isolada em feudos constituídos por sistemas de linguagem próprios e fechados. Dominar a linguagem própria de cada “ciência” é o poder de cada grupo e ao mesmo tempo a incapacidade de mudar qualquer coisa essencialmente, uma vez que os saberes não se comunicam, e logo não dão conta de um mundo que é, necessariamente, transdisciplinar (total?) e poderia ser também “transcultural”. O real é total. Só temos acesso a fragmentos, e nos condenamos a estes fragmentos com a fragmentação e as bobas certezas das ciências modernas. Estamos assim condenados pela nossa percepção a não sair do lugar. Agimos incorretamente porque fomos ensinados a ver uma parte e fomos incapacitados a nos comunicarmos com os outros. (MAGALHÃES, 2018, p.209).

Sem a narração, unindo a linguagem à vivência, permitindo compreender as narrativas interligadas na sociedade, resta à ciência fechada um discurso que remete a fragmentos, jamais permitindo a compreensão:

A Constituição imprime e identifica a ideologia da totalidade de um dado ordenamento jurídico, forjada pelas porcas hegemônicas em dado momento. “E, se este é o caráter do todo, a parte só pode ser pura e bela enquanto revestir e revelar a índole do todo. Enquanto a parte está em harmonia e consonância com o todo, é ela pura e bela; quando perde essa harmonia, torna-se impura e feia.” (FABRIZ, 1999, p.131).

5.4.1 Responsabilidade e solidariedade

É importante chamar atenção para o fato de que a análise das intenções, a compreensão dos atos humanos, não são buscadas da mesma forma que buscam os filósofos analíticos. Não há, numa perspectiva comunitarista, a quebra das ações em seus elementos simples, a ideia de um único ato humano.

A importância do conceito de inteligibilidade tem relação íntima com o fato de que a distinção mais básica de tudo o que está contido no nosso discurso e na nossa prática nessa área é aquela entre os seres humanos e outros seres. Os seres humanos podem ser considerados responsáveis por aquilo de que são autores; outros seres não podem (MACINTYRE, 2002, p.352).

A questão da compreensão do ato sempre, então, exige a movimentação para situar dada ação num contexto, num conjunto de histórias narradas, histórias que

envolvem não apenas pessoas, mas espaços e o tempo. E o fato de vivermos nossa própria narrativa nos permite compreender narrativas alheias, pois tanto nossos atos como outros possuem um caráter histórico. Essa dimensão narrativa articula as intenções, a história, o contexto no qual, inclusive, estão os conceitos prévios trazidos à tona:

O absurdo da tentativa natimorta de tentar eliminar nossos preconceitos no processo de compreensão reside exatamente na consciência de que em todo compreender o intérprete deve buscar que a intenção do texto seja trazida à fala, jogando com seus próprios conceitos prévios, e isso ele fará por meio da linguagem.

Essa inseparável conexão entre compreender, interpretar e a própria linguisticidade, decorre do caráter de abertura ao mundo que a última nos proporciona (CUNHA, 2014, p.147).

A partir do momento que considero uma vida como unidade, como narrativa, percebo que, se sou autor da minha história, sou coadjuvante das vidas dos outros. Ninguém nasce pronto, há um cenário, um contexto histórico social que nos antecede, há outras pessoas que têm sua história de vida influenciada pela minha. Essa noção gera *responsabilidade*. Sou responsável pelas vidas daqueles a minha volta, pela minha conduta ética e pelos excluídos de um sistema que me incluiu: “todas as tentativas de elucidar a noção de identidade pessoal isoladas das noções de narrativa, inteligibilidade e responsabilidade estão fadadas ao fracasso, como fracassaram todas as tentativas desse tipo” (MACINTYRE, 2012, p.367).

5.4.2 A narração na compreensão do outro e dos Deveres Fundamentais.

Agora que a vida humana é considerada como um todo, pode-se dar a ela uma finalidade. Esse *telos*, é a busca do bem. A vida virtuosa do homem é aquela passada na busca pela Virtude, esse é seu dever, como ser humano e como cidadão de um Estado Democrático de Direito. Como afirma o filósofo:

Nasci com um passado; e tentar me isolar desse passado, à maneira individualista, é deformar meus relacionamentos presentes. A posse de uma identidade histórica e a posse de uma identidade social coincidem. Vale notar que a rebelião contra minha identidade é sempre um modo possível de expressá-la (MACINTYRE, 2012, p. 371).

Resta considerar, na busca pela vida virtuosa, quais valores são considerados excelentes. Na modernidade fragmentada, resultante de uma descentralização, temos valores concorrentes, sem um critério universal capaz de estabelecer o que é o Bem. MacIntyre defende que, uma vez reconhecido que somos parte de uma comunidade, de algo maior, as tradições são os princípios que nos guiam. Tradições que não devem ser cegamente seguidas, mas equilibrada entre uma orientação daquilo que veio antes, daqueles a minha volta, com um senso crítico, uma ética transgressora: “Uma tradição viva é, então, uma argumentação que se estende a história e é socialmente incorporada, e é uma argumentação, em parte, exatamente sobre os bens que constituem tal tradição.” (MACINTYRE, 2012, p.373).

Tanto o pensamento de Aristóteles como MacIntyre são caracterizados pela Filosofia comunitarista. A desconfiança da moral abstrata, o apego à comunidade como entidade formadora de valores, assim como a precedência ontológica da comunidade sobre o indivíduo são indicadores do pensamento de viés comunitário. De certa forma, MacIntyre dá continuidade ao pensamento de Aristóteles, e permite que o homem como animal político seja compreendido dentro de uma categoria de narração, a inteligibilidade da vida como um todo:

A proximidade dos pontos de vista, dos universos de crença e dos discursos narrados explica que, juntos, eles participam, intensamente, na construção de uma subjetividade, mesmo disfarçada, e de julgamentos de valor, mesmo que também ocultos. É dessa forma que os pontos de vista exercem um papel pragmático de primeira grandeza (RABATEL, 2009, p.163).

Por fim, o Dever, compreendido na ética e dentro de um Estado Democrático de Direito, deve ter um conteúdo ético, uma responsabilidade e cidadania que supere a esfera individual e que, de forma crítica, perceba que os valores de uma sociedade pertencem a todos, não apenas a um indivíduo ou parcela. O dever é dever de Justiça, de alteridade, construído por uma narrativa capaz de dar sentido e profundidade ao Direito e seus valores. Podemos considerar sua expressão maior nos Deveres Fundamentais. A despeito dos Direitos Fundamentais ocuparem maior destaque na ciência do Direito, a ausência na tratativa dos Deveres não deve ser compreendida como um reflexo de sua importância.

Os Deveres Fundamentais, presentes no ordenamento jurídico, trazem as mesmas exigências de compreensão dos Deveres: personagens, cenário e tempo. Um Dever

Fundamental deve ser compreendido em seu contexto. Assim como a virtude, os Deveres Fundamentais exigem o reconhecimento do outro, a alteridade. Só posso, porém, reconhecer o outro, na medida em que o compreendo como uma pessoa em sua plenitude, como uma identidade resultante de uma vida inserida na comunidade. Não posso compreender o outro, nem os Deveres Fundamentais, fora da narrativa:

Assim, reconhecer o outro, nas relações privadas, passa a ser o desafio na compreensão dos deveres fundamentais e a sua aplicabilidade. Os deveres fundamentais traduzem-se tanto na noção de abstenção, quando ao sujeito do dever é vedado fazer algo, como na imposição de um comportamento positivo.

Dessa maneira, os deveres fundamentais podem ser concebidos como deveres jurídicos da pessoa, tanto física quanto jurídica, que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, apresentam um significado para determinado grupo ou sociedade e, assim, podem ser exigidos numa perspectiva pública, privada, política, econômica e social. (DUQUE; PEDRA, 2012, P.16).

A alteridade, enquanto reconhecimento do outro, a construção coletiva de valores, tornando cada cidadão coautor, também se mostra importante na teoria de Dworkin, ao falar da Integridade como uma virtude política não tradicional. A visão de MacIntyre das narrativas como base de inteligibilidade dos personagens, considerados dentro do âmbito da responsabilidade e solidariedade é enriquecida com a visão de Dworkin:

[...] a melhor defesa da legitimidade política – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos mais esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos -, mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes (DWORKIN, 2003, p.249).

Ficando demonstrado que a ideia de justiça, o compromisso com os valores em uma sociedade moralmente plural, deve ser construída no espírito de comunidade, reconhecendo a Justiça como virtude que orienta o Direito. Essa compreensão exige a narrativa, que permite a contextualização e o reconhecimento do outro.

CONCLUSÃO

O problema da descrição e narração nos remete ao primeiro capítulo do trabalho. Pela história, buscou-se sempre legitimar o conhecimento científico. Desde a radical mudança qualitativa no método de pensar, com base no *logos*, que deu origem a Filosofia. Com esse novo método racional de legitimar o conhecimento, a busca pelo saber atingiu uma nova forma de expressão, nunca antes presenciada. Sendo a Filosofia um agir, um questionamento zetético sem limites ou premissas inquestionáveis, seu questionamento se volta para si, e pergunta-se o que é a Filosofia, as ciências, o conhecimento e qual a melhor forma de produzir o conhecimento.

Foi observado que a Filosofia nasce com três características, quais sejam: o conteúdo abrangente (universal), o método baseado no *logos* e o escopo ou finalidade, um fim em si mesmo. O *logos* é um conceito central uma vez que a cisão entre o discurso científico descritivo e o narrativo se dá em volta da possibilidade de se discutir racionalmente uma filosofia de valores. Para tal, o próprio conceito de racionalidade é posto em questão, e a solução está na retórica.

Como forma de expressão, a retórica remete aos gregos e à arte do bem falar. Associada a diferentes campos do conhecimento, inclusive a ciência. Dentro da Filosofia, foi defendida a retórica como parte do saber e da ação filosófica, como uma arte do discurso, que pode ser dividida em três etapas: a retórica material, estratégica e analítica.

A retórica analítica se apresenta como uma metalinguagem, uma abordagem filosófica que, por meio da linguagem, busca estudar seu objeto, tendo o convencimento como objetivo. O discurso que a retórica estuda, que é o discurso do concreto, se dá pela narrativa, e assim deve ser o próprio método de investigação, também pela pesquisa.

A modernidade trouxe uma nova concepção da ciência e de seus métodos. Uma das formas de legitimar o conhecimento de forma objetiva e universal está no positivismo, filosófico e jurídico. As origens das duas vertentes diferem, tendo origem

na França e Alemanha, mas os postulados trazem pontos em comum. Diferente da investigação retórica, o positivismo jurídico utiliza o método de pesquisa das ciências naturais para estudar seu objeto, as normas jurídicas. Apenas o dado verificável é importante, e deve ter um tratamento neutro e objetivo. Assim como o conhecimento produzido pelas ciências naturais, o Direito deve ser compreendido de forma precisa, mecânica, sem posicionamentos morais. O discurso mais adequado para essa ciência se apresenta como aquele com maior incidência da composição descritiva, adequado para suprir as demandas positivistas.

Como expoente do positivismo jurídico, foi escolhido Hans Kelsen, representante do Neopositivismo lógico e autor de uma das mais conhecidas obras da teoria jurídica, a “Teoria Pura do Direito”. Kelsen expressou sua preocupação, desde o início, em criar uma teoria, um método de estudo, que elevasse o estudo do Direito à categoria das outras ciências ou, em suas palavras, de uma genuína ciência. Seu primeiro passo foi traçar um recorte metodológico preciso capaz de isolar, ou libertar, a ciência de elementos que lhe são estranhos.

Kelsen, ao adotar o modelo reducionista no positivismo jurídico, buscou eliminar o sincretismo metodológico, ou seja, separar o Direito da política, da história, da psicologia etc. Essa confusão, dada pela proximidade do Direito com essas áreas, deve ser extirpada para se conhecer o verdadeiro Direito, puro.

A solução de Kelsen, então, está no formalismo. O sentido objetivo de um ato, ou seja, o sentido jurídico, só pode ser conferido por uma norma. Quando um comerciante escreve uma carta a outro e este responde, o sentido jurídico, objetivo, dado ao ato é visto como a celebração de um contrato, por exemplo.

Dessa forma, a norma é o único esquema de interpretação do Direito. A única forma de conferir uma leitura objetiva a um ato é por meio de uma norma jurídica. A moral, a sociologia, a opinião pública, são fatores irrelevantes, exceto se previstos por uma norma válida. A consequência desse posicionamento está no fato de que, sendo o processo de validação exclusivamente formal, guiado por uma norma hipotética fundamental, estabelecido como um pressuposto da razão, a ciência do Direito isola seu objeto de tudo que lhe considera estranho.

Nessa perspectiva metodológica, a ciência do Direito de Kelsen se pretende anti-ideológica, pois sua única preocupação é conhecer o Direito positivo enquanto essência, livre de ideologias de justificação. Recusa-se a servir quaisquer interesses ou políticas externas à norma em si, não reconhecendo nenhum valor senão da validade, que é um critério formal de pertencimento da norma ao ordenamento jurídico; seu pedigree, diga-se. É esse caráter considerado antiideológico que Kelsen considera conferir à ciência do Direito o título de verdadeira ciência.

Uma das consequências dessa postura formal e neutra da Teoria Pura do Direito pode ser percebida na teoria da interpretação de Kelsen. Aqui o autor reconhece os limites da ciência na interpretação das normas. Devido ao seu caráter descritivo de construção de conhecimento, o discurso científico apenas descreve as normas positivas, isoladamente de qualquer influência considerada externa. Kelsen admite que a interpretação de uma norma deixe um espaço de indeterminação de sentido, voluntária ou não, por parte do legislador. A única forma de superar essa indeterminação é por um ato de vontade do aplicador do Direito, que deverá lançar mão de critérios não científicos (opinião, influência política, moralidade etc).

Como resultado, mostra-se a ciência incapaz de oferecer mais que uma espécie de moldura interpretativa, delimitando quais possíveis interpretações estariam de acordo com o Direito. O valor de uma interpretação científica poderia reduzir a pluralidade de valores, ou mostrar ao legislador o quão longe sua formulação está de satisfazer exigências técnico-jurídicas de formulação de normas. Resta reconhecer a pluralidade como algo inevitável, conferindo ao aplicador do direito um poder discricionário no ato de escolha de significados, uma vez que todos são potencialmente válidos, o único valor reconhecido pela ciência.

Essa liberdade conferida ao aplicador do Direito, denominada por Ronald Dworkin como tese da discricionariedade, é o ponto principal do ataque ao positivismo jurídico, que acredita ser possível uma compreensão racional de uma Filosofia de valores.

Buscou-se demonstrar que a teoria de Kelsen, a adoção do método próprio do Neopositivismo lógico, traz um texto de composição predominantemente descritiva. Os exemplos trazidos por Kelsen são abstratos em sua maioria e esparsos, se

comparados com Dworkin. Investigou-se a ligação entre o método e a composição do texto, para estabelecer se a escolha é o resultado de uma opção estilística ou uma demanda da própria posição positivista. Para alcançar a resposta, realizou-se um estudo da lógica formal dedutiva, assim como do texto descritivo.

Estudar lógica é estudar a correção dos raciocínios, distinguindo os corretos os incorretos. Preocupa-se primariamente com a forma do raciocínio, não com seu conteúdo. Em seu conceito básico, o raciocínio é um tipo de pensamento que encadeia declarações, pelo qual se realizam inferências, nas quais premissas justificam conclusões.

Dentro da lógica formal, o argumento dedutivo é mais relevante para a associação com o positivismo jurídico. O argumento dedutivo é um argumento de certeza, onde uma única conclusão é possível ao final. As declarações que compõem as premissas devem ser verificáveis, passíveis da atribuição do valor de verdade, para que o argumento tenha sentido.

Kelsen, em sua metodologia científica, utiliza a lógica dedutiva na construção das proposições jurídicas, assim como na interpretação, que envolve um processo mental que parte da Constituição para as decisões singulares. Na construção das proposições jurídicas, cabe ao cientista descrever a norma jurídica apenas, esse é o papel da ciência. Essa descrição, avaliativa, recortada do contexto, compõe o texto científico de cunho descritivo utilizado pelo positivismo. Importa a verdade das premissas e validade do argumento dedutivo, construindo um argumento sólido.

A Teoria Pura do Direito não busca criar um contexto, justificar o antes ou estudar a eficácia do Direito. Sua finalidade é retratar seu objeto de forma objetiva, verificável, destacada da realidade pelo corte metodológico da dogmática jurídica. A objetividade buscada pela descrição é a constância no objeto, independentemente do intérprete: É um texto de observação, de juízos de fato. Não há uma norma melhor, pior, mais justa, mais eficaz, apenas válida ou não. Essa valoração binária é expressa pela composição descritiva, que nivela todas as coisas.

Outro aspecto característico da composição descritiva está no caráter da não participação, mas sim da mera observação, do cientista do Direito. Há uma

eliminação da vida interior, do sujeito, na composição do texto. Em Kelsen, o papel do intérprete funciona exatamente dessa forma, como uma mera observação distanciada, autoproclamada antiideológica, que almeja dizer o Direito como é.

Também a composição descritiva viabiliza a postura neutra, a radical separação entre Direito e moral na teoria de Kelsen. Uma vez que, como dito, a descrição nivela todas as coisas, ela retira dos comandos jurídicos qualquer avaliação que não seja a adequação perante as formas de produção. Uma descrição reconhece uma norma como válida ou inválida, e desconsidera qualquer valor externo ao pertencimento da norma ao ordenamento jurídico. A práxis que levou à criação da norma, assim como a avaliação de seus efeitos, são descaracterizadas pela descrição, que permite exatamente esse recorte reducionista.

Esse método de observação e descrição, que busca tornar objetivo o conhecimento produzido, torna as representações tão pobres, tão recortadas, que não atingem seu objetivo. Da objetividade termina na subjetividade, da previsibilidade termina na discricionariedade.

Conclui-se, assim, que o método positivista adotado por Kelsen está ligado a uma composição descritiva. Não é uma escolha estilística, mas uma expressão adequada da proposta da Teoria Pura do Direito.

Estabelecida a conexão entre a composição descritiva e o positivismo jurídico, foi investigado o Pós-positivismo, termo abrangente que abarca movimentos críticos ao positivismo jurídico. Apesar da diversidade de teorias específicas, algumas características se mostram presentes, consistentemente, apesar de não essencialmente, nessa linha de pensamento.

Em primeiro lugar, as teorias pós-positivistas reconhecem uma filosofia dos Valores, ou seja, algum critério que permita julgar uma norma, uma decisão, por um parâmetro diverso da validade. Esse parâmetro pode ser o resultado de uma teoria racionalista universal, uma construção de valores por tradição ou um sopesamento proporcional de valores conflitantes, mas há uma forma de afirmar que, dentre diferentes opções igualmente válidas, uma decisão é melhor que a outra.

Em segundo lugar, a ideia presente de que o Direito não é formado apenas por regras de conduta, mas por diferentes tipos de normas, as regras e princípios. Os princípios seriam esses padrões, que não são regras, que representam valores, muitas vezes orientando a aplicação do Direito. Essa visão do Direito como uma união de regras e princípios permite a aproximação do Direito e Justiça, possibilitando a compreensão de uma racionalidade valorativa.

Em terceiro lugar, reconhecidos os princípios, é possível negar a tese da discricionariedade, característica das teorias positivistas. Como as normas não são compostas apenas por regras, a validade deixa de ser o critério único de averiguação de juridicidade. Um *hard case* que apresente diferentes interpretações pode ser solucionado por um critério de valoração principiológica, buscando a Justiça.

Em quarto e último lugar, a adoção da lógica informal como método de pesquisa. A lógica informal permite trabalhar com opiniões, valores, senso comum, verossimilhança, todos conceitos caros ao Direito em sua concretude. Aliado a um método de pesquisa problemático, ou seja, a partir do caso concreto, as teorias pós-positivistas consideram a regra como um dos possíveis lugares de discurso, coexistindo com outros, escolhidos a partir do caso concreto, buscando uma solução justa para aquela situação.

Dworkin, representando da corrente pós-positivista, optou, em suas investigações, por um modelo de Direito composto por regras e princípios. Apesar da proposta positivista, o autor constatou que os tribunais, frequentemente, recorrem a mais que regras para solucionar casos concretos. Diferente de Kelsen, Dworkin imediatamente apresenta os casos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield*. Ao relatar os casos, faz questão de contextualizar a situação, apresentando os personagens envolvidos, o espaço e o tempo no qual ocorre a ação.

Com o resultado da análise desses casos, Dworkin demonstra que um modelo de Direito composto unicamente por regras não seria capaz de explicar a resolução oferecida pelos tribunais. O caso *Riggs vs. Palmer* é decidido contra as leis explícitas que estabeleciam que um testamento só pudesse ser revogado por outro testamento, independentemente da vontade expressa do autor de modificar o

documento vigente. Suprimindo o dispositivo legal, o tribunal decide condenar o réu com base na teleologia do Direito e princípios gerais que regem o ordenamento.

A partir desse caso concreto, Dworkin trabalha o Direito como regras e princípios, onde os princípios são padrões que diferem das regras por natureza lógica (a diferença que Robert Alexy chamou de diferença qualitativa). Os princípios trabalham numa lógica de aplicação gradual, cujo peso só pode ser aferido mediante o contexto do caso concreto.

Essa diferença básica na estrutura normativa já aponta a inadequação da composição descritiva para Dworkin. O sentido e peso de um princípio precisa do contexto para adquirir seu sentido completo. Esse contexto só pode existir numa composição predominantemente narrativa.

Dworkin, para defender sua tese da resposta correta, na qual os princípios permitem, junto às regras, chegar sempre a uma resposta correta, mesmo em casos difíceis, propôs a criação de um juiz fictício, sobre-humano, denominado Hércules. Esse juiz, dotado de um conhecimento absoluto das leis, tempo infinito para deliberar sobre questões moralmente relevantes e paciência infinita, serve de modelo para uma interpretação ideal, ou seja, aquela que encontra a resposta correta, que melhor exprime o direito das partes, já defendida antes da decisão.

Uma das formas que Dworkin defende, com o objetivo de superar a arbitrariedade nas decisões em casos difíceis, é a hipótese estética. Nessa perspectiva, o Direito é visto como uma obra de arte, uma obra literária, que deve ser estudada de acordo. A questão é: a partir do momento em que se enxerga o Direito como literatura, é preciso estudá-lo pelos olhos da teoria literária. E há parâmetros para compreensão do texto que vão superar a arbitrariedade interpretativa. O desafio está em balancear a liberdade do intérprete com o sentido oferecido pelo texto.

A interpretação, então, é uma balança entre cognição e crítica. E o que orienta a boa interpretação é a estética do resultado, é responder a pergunta: “Qual interpretação torna essa obra de arte a melhor que ela pode ser?”.

A compreensão de como o Direito funciona, seu processo de criação e a articulação entre liberdade de criação e cognição é apresentada por Dworkin pela teoria da

corrente do Direito, ou romance em cadeia. Aqui Dworkin apresenta a situação onde uma história é contada, capítulo a capítulo, por diferentes autores. Cada autor traz o compromisso de dar o melhor de si na criação, ao mesmo tempo em que respeita a linha narrativa dos que criaram antes dele. Esse modelo permite propor uma forma de interpretação do Direito que envolva tanto a criação como a orientação de sentido do Direito posto. Para Dworkin, há um espaço indeterminado, mas ele não é livre, é um espaço que deve ser navegado buscando a melhor solução possível. Esse é o compromisso moral que todo aplicador do Direito deve assumir em sua função.

A teoria de Dworkin é construída em um texto cuja composição predominante é a narrativa. A ideia de narrativa remete às artes, mas na verdade está presente em nossas vidas desde sempre, uma vez que todos vêm ao mundo na narrativa de outras pessoas, enquanto a sua é iniciada. Está presente nas artes, nas grandes obras, como a Odisseia de Homero, e também, por exemplo, na obra “Levando os direitos a sério”.

A composição narrativa é caracterizada, principalmente, pelo tempo. Nossa espécie é capaz de compreender a organização e compreensão da temporalidade principalmente pela narrativa. O tempo é um elemento fundamental na obra de Dworkin, tanto na contextualização dos casos como na compreensão da própria Integridade, ao recorrer à coerência institucional das decisões dos tribunais.

Outra característica da composição narrativa são os personagens. É pelo envolvimento humano, normalmente, que se desperta interesse para acontecimentos. Dworkin não relata apenas a diferença entre uma decisão baseada em regras e uma decisão baseada em princípios, ele nos apresenta *Riggs*, sua história, seu contexto, para então discutir os conceitos envolvidos.

A terceira característica na narrativa é o espaço, o contexto. Uma ação ocorre num cenário, não isolada no nada. O espaço é parte integrante do personagem e da narrativa em geral. Quando Dworkin apresenta o caso dos *Henningsen*, é oferecido o cenário da compra do veículo, a *Bloomfield Motors*, do acidente ocorrido, a rota 36, assim como o tempo da compra e do acidente, 18 e 19 de maio de 1955, respectivamente.

Conclui-se que a presença da narração no texto de Dworkin não é o resultado de uma opção estilística, mas uma necessidade decorrente da visão que o autor lança sobre o Direito. Para Dworkin o direito deve ser compreendido em seu contexto, em sua forma de vida, em toda sua complexidade. Não é aceitável isolar o Direito da sociedade como um todo se não é assim que o Direito opera, não é adequado isolar o Direito da Justiça se as decisões nela se baseiam. Há a necessidade da composição, e essa apenas se alcança pela boa narrativa.

MacIntyre trouxe a contribuição de articular a composição narrativa com a compreensão da importância de uma visão comunitarista na construção de uma teoria moral unificada. Ao compreender a vida humana como a narrativa de uma vida completa, e a vida em sociedade como uma rede de narrativas interligadas, o autor estabelece a possibilidade de criar, nesse contexto, uma teoria moral não individualista, baseada na responsabilidade. Essa construção fornece uma explicação para a construção de valores e princípios em uma comunidade. Essa construção, imersa na linguagem, retoricamente construída, é adequada para a construção de um conceito de Deveres Fundamentais, que irão operar como princípios em uma perspectiva pós-positivista.

A ideia de Direitos e Deveres fundamentais depende de um contexto, de uma compreensão narrativa, para orientar a aplicação do Direito. Novamente, não é a composição narrativa uma mera opção.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, H. Porter. **The Cambridge Introduction to Narrative**. 2.ed. New York: Cambridge University Press. 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2 ed. São Paulo: Noeses. 2014a

ADEODATO, João Maurício. **A retórica de Aristóteles e o direito** – Bases Clássicas para um Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica. Curitiba: CAPES/CRV. 2014b

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: 1984.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça – Apelação 2011.005344-5, Procurador de Justiça: Luis Barbosa Carnauba. **Alagoas**, Maceió, 13 setembro 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANA, Hermas Gonçalves. **positivismo**: reabrindo o debate. São Paulo: Autores Associados. 2007.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ARISTÓTELES. **Política**. 3.ed. Brasília: UNB, 1997.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Porto Alegre: Globo, 1969.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. 3.ed. São Paulo: Landy, 2006.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Richard Taylor, 1832.

AZEREDO, Vânia Dutra. **Introdução à lógica**. 3.ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.

BARCELLOS; BUSSINGER. A obra de Hans Kelsen como moldura de sua própria interpretação. In: FARO; BUSSINGER (Org.). **A diversidade do pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARTHES, Roland. Introdução à análise estrutural da narrativa. *In: Análise estrutural da narrativa*: Pesquisas Semiológicas. Rio de Janeiro: Vozes, 1971.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

BEARZOTI FILHO, Paulo. **A Descrição**: teoria e prática. São Paulo: Atual, 1991

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral I**. 5.ed. São Paulo: Pontes, 2005.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral II**. 2.ed. São Paulo: Pontes, 2006.

BINDER, Guyora; WEISBERG, Rober. **Literary criticism of law**. New Jersey: Princeton University, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996.

BROOKS, Peter; GEWIRTZ, Paul. **Law's stories**: narrative and rhetoric in the law. London: Yale University Press, 1996.

CALVO, José. **Derecho y narración**: materialies para uma teoría y crítica narrativista del derecho. Barcelona: Ariel, 1996.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Filosofia do direito**: O neopositivismo lógico e o círculo de Viena. 01-08 fevereiro de 1999. 13 p. Notas de Aula.

CHARAUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso**: modos de organização. São Paulo: Contexto, 2008.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

COPI. Irving M. **Introdução à lógica**. 3.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

COSTA, Cláudio Ferreira. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda, 1992.

DALL'AGNOL, Darlei. **Ética e linguagem**: uma introdução ao Tractatus de Wittgenstein. 2.ed. Florianópolis: Ed. da UFSC; São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1995.

DESCARTES, René. **Discurso do método; as paixões da alma; meditações**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Coleção Os Pensadores.

DIMOULIS, Dimitri. **positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. MASSACHUSETTS, Harvard University Press. 2011.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald M. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FABRIZ, Dauri Cesar. **A Estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FABRIZ, Daury Cesar; MAIA, Alexandre Campaneli Aguiar. Teoria da interpretação literária e teoria da interpretação: uma análise do pensamento de Ronald Dworkin e Richard Posner. In: GOLDCHMIDT, Rodrigo; STRAPAZZON, Carlos; TRAMONTINA, Robison (Org.). **Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha**. Joaçaba: UNOESC, 2013, p.43-54.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GENETTE, Gerard. Fronteiras da Narrativa. In: BARTHES, Roland et al. **Análise estrutural da narrativa**: Pesquisas Semiológicas. Rio de Janeiro: Vozes, 1971, p. 255-274.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 304p.

GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: UCDB, 2001.

GRANGER, Gilles-Gaston. **A Ciência e as ciências**. São Paulo: UNESP, 1994.

HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. 3.ed. Lisboa: Calouste, 2001.

HESSEN, Johanes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JESTAEDT, Matthias. Introdução. In: TOFOLI, José Antônio Dias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p.1-23.

KELSEN, Hans. **A ilusão da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Autoapresentação (1927). In: TOFOLI, José Antônio Dias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p.23-34.

KELSEN, Hans. Autobiografia (1947). In: TOFOLI, José Antônio Dias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p.35-109.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Rio Grande do Sul: Sergio Antônio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva,

2000.

LACAN, Jacques. **O Seminário** – livro onze – Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

LUKÁCS, Georg. **Ensaio sobre Literatura**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**. Indiana: Notre Dame, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Crime e Direito: entendendo a lógica moderna pela visão do novo constitucionalismo decolonial. In: BICALHO, Mariana Ferreira; GONTIJO, Lucas Alvarenga; LIMA, Bárbara Nascimento. (Org.). **Congresso internacional sobre democracia, decolonialidade e direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 207-216.

MAIA, Alexandre Campaneli Aguiar. **Kelsen e a filosofia da linguagem de Wittgenstein**: Um estudo comparado do Tractatus Logico-Philosophicus e das Investigações Filosóficas sobre a Teoria Pura do Direito. 2006. 105f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça – Apelação 00316843720178120001 MS 0031684-37.2017.8.12.0001, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 10/04/2019. **Mato Grosso do Sul**, 11 abril 2019.

MINCHILLO, Carlos Alberto C.; CABRAL, Isabel Cristina. **A narração**: teoria e prática. 2.ed. São Paulo: Atual, 1989.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MURZI, Mauro. **Viena Circle**. Disponível em: < <https://www.iep.utm.edu/viennacr/>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

OST, François. **Contar a lei**: As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2005a.

OST, François. **O tempo do direito**. São Paulo: EDUSC, 2005b.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. **Law and literature**. 3.ed. MASSACHUSETTS: Harvard University Press. 2009.

- REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007, v. I.
- REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, v. 5.
- RABATEL, Alain. **Homo narrans**: Por uma abordagem enunciativa e interacionista da narrativa. Vol1. São Paulo: Cortez, 2009.
- REUTER, Yves. **A análise da narrativa**: o texto, a ficção e a narração. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TOFOLI, José Antônio Dias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Hans Kelsen, o jurista e as circunstâncias. In: **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. XI-XLVIII.
- VENDRUSCOLO, Weslei. Considerações sobre a vida e obra de Hans Kelsen. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Umuarama, v. 10, n .1, 2007, p. 199-218.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- WARD, Ian. **Law and literature**: Possibilities and perspectives. New York: Cambridge, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico * investigações filosóficas**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- YOUNG, Kay; SAVER, Jeffrey L. **The Neurology of Narrative**. Disponível em: <https://www.academia.edu/8488845/The_Neurology_of_Narrative>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2019.